

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI**

**O MEIO DIGITAL COMO INSTRUMENTO DA PROVA**

MARÍLIA  
2012

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI

O MEIO DIGITAL COMO INSTRUMENTO DA PROVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

MARÍLIA  
2012

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias.

O Meio Digital como instrumento da prova / Celso Jefferson  
Messias Paganelli;

orientador: Professor Doutor Nelson Finotti Silva. Marília, SP:  
[s.n], 2012.

119 f.

Dissertação (Pós-graduação em Direito) – Centro Universitário  
“Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário  
Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília, 2012.

1. Provas digitais 2. Provas eletrônicas 3. Verdade como  
Pressuposto da Prova 4. Direito ao Esquecimento

CDD: 340.0285

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI

O MEIO DIGITAL COMO INSTRUMENTO DA PROVA

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Renato Bernardi

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Marília, 28 de setembro de 2012.

## DEDICATÓRIA

*À minha esposa, Mônica, por sua compreensão e incentivo nessa etapa de minha vida profissional, árdua, que não teria sido alcançada sem seu inestimável apoio.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço as manifestações de carinho e apreço, recebidas de todos os colegas da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, os quais foram os artificios e a luz inspiradora, para o sucesso deste trabalho.

Agradeço de modo particular:

Aos colegas e companheiros Alexandre Gazetta Simões e José Antônio Gomes Ignácio Júnior, pelo estímulo e companheirismo, que notadamente foram decisivos para a conclusão desta jornada.

Agradecimentos mais que especiais ao prof. Dr. Nelson Finotti Silva, pelo auxílio seguro e oportuno na orientação, aliados à experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

*O ser humano vivência a si mesmo, seus pensamentos como algo separado do resto do universo - numa espécie de ilusão de ótica de sua consciência. E essa ilusão é uma espécie de prisão que nos restringe a nossos desejos pessoais, conceitos e ao afeto por pessoas mais próximas. Nossa principal tarefa é a de nos livrarmos dessa prisão, ampliando o nosso círculo de compaixão, para que ele abranja todos os seres vivos e toda a natureza em sua beleza. Ninguém conseguirá alcançar completamente esse objetivo, mas lutar pela sua realização já é por si só parte de nossa liberação e o alicerce de nossa segurança interior.*

*Albert Einstein*

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. O Meio Digital como instrumento da prova. 2012. 111 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

A linha de pesquisa adotada é Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica. O presente trabalho analisa as provas digitais, os arquivos digitais produzidos por equipamentos eletrônicos e também aqueles disponibilizados em redes de computadores, como por exemplo, a Internet. A verdade como pressuposto da prova é analisada de forma que se possa obter melhor compreensão de qual verdade se chegará com os fatos a serem apresentados e comprovados dentro do processo. Todos os tipos de arquivos digitais são passíveis de serem utilizados como prova para a correta solução da lide, sejam fotografias, vídeos, áudios, *logs*, enfim, quaisquer informações que contenham dados e que tenham sido geradas por meio de equipamentos eletrônicos. Há critérios e cuidados a serem tomados para a correta manipulação e armazenamento de tais arquivos, assim como a geração de *hash* para que se dê maior credibilidade à prova apresentada em juízo, fornecendo um mecanismo adequado tanto ao magistrado quanto a qualquer perito para que a qualquer tempo seja possível a verificação da prova apresentada quanto a sua originalidade e autenticidade. A ata notarial é um instrumento importante, previsto na legislação pátria, que permite conferir a validade desejada a qualquer tipo de prova digital, que sem a intervenção do notário ou tabelião, talvez não fosse possível. Ainda, faz-se uma análise ao direito ao esquecimento. A preocupação atual é no sentido de que os arquivos digitais sejam utilizados como prova e que tenham garantidos suas confiabilidade e autenticidade, no entanto, os meios virtuais, como a Internet, mantêm tais informações registradas sem prazo para serem apagadas. O que pode parecer em um primeiro momento uma vantagem, ou seja, ter a qualquer tempo informações disponíveis, pode na verdade ser algo prejudicial, ao perpetuar, por exemplo, uma condenação, cujo responsável já tenha pagado sua dívida com a sociedade há muito tempo. O ser humano não consegue se lembrar de todos os fatos que vivenciou ou ficou sabendo, nem mesmo relativamente à sua própria vida, assim, não é razoável supor que toda e qualquer informação fique disponível para sempre nos meios virtuais.

**Palavras-chave:** 1. O Direito Digital como Pressuposto da Prova 2. Provas Digitais 3. Ata Notarial 4. Direito ao Esquecimento

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. O Meio Digital como instrumento da prova. 2012. 111 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

### ABSTRACT

The line of research adopted is the Critical Foundations of Legal Dogmatics. This paper examines digital evidence, digital files produced by electronic equipment and also those available on computer networks, such as the Internet. The truth as a precondition of proof is analyzed so that we can gain a better understanding of what is true come to the facts to be presented and proven in the process. All types of digital files are likely to be used as evidence for the correct solution of the suit, they are photographs, videos, audios, logs, finally, any information that contains data and that has been generated by means of electronic equipment. There are criteria and precautions to be taken for proper handling and storage of such files, as well as the generation of hash to be given greater credence to the evidence presented in court, providing an appropriate mechanism to both the judge and any expert to make any time is possible to verify the evidence presented as to its originality and authenticity. The minutes notary is an important tool under the law country, which allows you to check the validity of any desired type of digital evidence, that without the intervention of the notary or notary public, may not be possible. Still, it is a scan of the right to forget. The current concern is the effect that digital files be used as evidence and have secured their reliability and authenticity, however, the virtual media such as the Internet, keep such recorded information to be deleted without delay. What may seem at first an advantage, ie, have the information available any time, may actually be somewhat harmful to perpetuate, for example, a conviction, whose head has already paid their debt to society for a long time . Human beings can not remember all the facts that they have experienced or heard, not even for his own life, so it is not reasonable to assume that any information is available for all in virtual environments.

**Keywords:** 1. The Law as Digital Proof of Assumption 2. Digital Evidence 3. Notarial Act 4. Right to Oblivion

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - A PROVA.....	15
1.1 A Prova e a verdade – relações existentes entre si.....	17
1.2 A prova e o direito digital.....	27
1.3 A verdade substancial não pode ser atingida dentro do processo.....	31
CAPÍTULO 2 - LIVRE CONVENCIMENTO E ATIVISMO JUDICIAL.....	34
2.1 Convencimento e ativismo e as provas eletrônicas: uma crítica ao modelo de produção de provas.....	36
2.2 Convencimento e ativismo: imprescindíveis.....	44
CAPÍTULO 3 - PROVAS DIGITAIS: ARQUIVOS DIGITAIS.....	47
3.1 As provas digitais ou eletrônicas no ordenamento jurídico.....	47
3.2 Fotografia digital.....	48
3.3 Arquivos de áudio e vídeo.....	60
3.4 Contratos eletrônicos: o aceite materializado através do click do usuário.....	62
3.5 Perícia forense e verificação de integridade por meio de <i>hash</i> .....	63
3.6 Breve análise do artigo 11 da Lei 11.419 de 2006.....	68
3.7 Ata notarial.....	69
CAPÍTULO 4 - DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO VIRTUAL.....	83
4.1 Direitos fundamentais e pessoa humana.....	84
4.2 Pena perpétua versus direito ao esquecimento.....	91
4.3 Sopesamento de bens na análise das provas.....	99
4.4 Necessidade de se impor limites ao mundo virtual.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS.....	113
GLOSSÁRIO.....	117

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a prova digital, ou seja, os arquivos digitais que são gerados pelos equipamentos eletrônicos que estão presentes praticamente em todos os momentos do cotidiano e como o ordenamento jurídico pátrio está enfrentando essa nova realidade.

A verdade como pressuposto da prova é analisada para que se possa inferir que as provas digitais permitem que uma verdade apareça dentro do processo, não a verdade substancial, já que esta é inatingível, mas sim uma que permita ao magistrado compreender com exatidão suficiente dos fatos para que possa, através de sua sentença, propor uma solução à lide de forma que se atendam os anseios sociais.

A prova serve principalmente como meio de demonstração de certeza e verdade que se busca com o processo. Não há como se extrair do conjunto probatório a verdade propriamente dita, vez que sempre haverá, no mínimo, duas versões dela, já que cada parte tentará comprovar os fatos alegados de acordo com a sua visão do que aconteceu, não representando, portanto, a realidade tal qual como de fato ocorreu. Com os meios digitais há ainda agravantes, pois se lida apenas com informações intangíveis, facilmente adulteráveis e, pior, normalmente todos os envolvidos em realizar o conjunto probatório e depois em analisá-lo não possuem conhecimento técnico suficiente para perceber se isso ocorreu. Necessário se faz então que haja mais cuidado, principalmente por parte do magistrado.

O processo tem como objetivo principal a resolução de conflito existente entre as partes que batem a porta do Judiciário esperando que este resolva a situação para eles. Nesse diapasão, é necessário que o juiz se convença sobre os fatos, revelando assim a verdade possível sobre o caso concreto, de modo que possa exarar sua decisão demonstrando a sua convicção que foi obtida de modo lógico e seguindo todos os mandamentos contidos na ordem jurídica. No entanto, nem sempre é possível que o magistrado atenda à ânsia das partes sem se valer do ativismo judicial, tendo mais liberdade de interpretação e superando uma norma já não mais condizente com os tempos atuais ou mesmo suprindo a falta de uma legislação, por omissão do Congresso Nacional. Para que o juiz possa se utilizar do ativismo, é necessário que também saiba valorar as provas, para que tenha condições de formar sua convicção, sendo crucial, portanto, compreender as nuances do mundo virtual e dispositivos eletrônicos, em crescimento exponencial atualmente, de modo que atenda a todos os

requisitos necessários para a contemplação da prova eletrônica, permitindo que ao final do processo exista uma sentença justa, que atenda o que se espera deste representante do Estado Democrático de Direito.

Destarte, são analisadas as leis para determinar se é possível utilizar arquivos digitais como prova e, por conseguinte, também se faz citações de jurisprudência de forma que seja possível alcançar o objetivo almejado, esclarecendo como tais arquivos podem auxiliar a Justiça a tramitar processos de forma mais célere e, portanto, alcançar o objetivo final, que é resolver a lide buscando a paz social.

Com novos equipamentos aparecendo a cada dia, com mais e mais funções antes impensáveis ao homem médio, vive-se uma explosão tecnológica aliando o que antes se necessitava ter vários e vários dispositivos em um único equipamento, possibilitando a criação de arquivos digitais, como fotos, vídeos, áudio, entre outros. Hoje, praticamente qualquer aparelho eletrônico consegue capturar imagens e áudio, com as mais diversas configurações e qualidade. Apesar de não direta e explicitamente, nossas leis já estão maduras o suficiente para tratar das questões das provas digitais, não impedindo a sua utilização dentro dos tribunais nacionais. A perícia forense também acompanha de perto as inovações tecnológicas, propiciando aos operadores do Direito e peritos todas as ferramentas necessárias para atestar a autenticidade e integridade dos arquivos digitais, por exemplo, eliminando a crença de que a foto deve ser obrigatoriamente acompanhada do seu negativo ou filme fotográfico.

Os operadores do direito têm à sua disposição a ata notarial, mecanismo no qual o tabelião, que possui fé pública, coloca em papel aquilo que viu ou ouviu, no caso do presente trabalho, nos meios digitais dos quais quer se fazer a prova. Ao contrário da crença predominante de que realizar a captura da tela através do “print screen” já seria suficiente como prova, a realidade mostra-se ser implacável com tal atitude, vez que facilmente pode-se demonstrar que tal impressão não representa condições mínimas de sustentar a verdade dos fatos.

Necessário se faz, portanto, a ata notarial, cabendo ao notário ter o discernimento e conhecimento necessário para realizar tal documento público com o máximo de eficiência e simplicidade, para que atenda aos requisitos processuais e sirva de auxílio para a correta solução da lide, motivo pelo qual o conhecimento tecnológico é imprescindível, para que a ata

em questão não tome proporções astronômicas, como por exemplo, nos casos de ser necessário provar códigos fonte, *logs*, entre outros, casos nos quais facilmente pode se chegar a milhares de páginas de impressão.

A tecnologia continua avançando e apesar das inúmeras vantagens que isso proporciona a toda sociedade, sem dúvida também traz problemas, entre eles, o fato de que nada do que é colocado na Internet, em regra, é apagado, esquecido. Há um lado bom, por questões históricas, já que qualquer pessoa interessada pode ter acesso a todo o momento a publicações que já não se encontram mais disponíveis em meios convencionais, como revistas e jornais. No entanto, também representa um grave problema, pois fatos que podem ser vexativos a determinadas pessoas podem vir à tona da noite para o dia, expondo o indivíduo a uma situação já então esquecida. Há que se ter um sopesamento entre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de modo que se possa ter um julgamento justo. O direito ao esquecimento é abrangente e deve ser aplicado principalmente nos dias atuais, haja vista que a Internet é um repositório que em tese armazena toda e qualquer informação, mas não tem um prazo para que essas informações sejam apagadas, permanecendo publicadas eternamente, configurando assim a violação ao direito fundamental de qualquer cidadão de não ocorrer pena perpétua, haja vista que toda informação contida nos meios virtuais, em tese, podem ser usadas como provas eletrônicas. A discricionariedade dos magistrados, lastreadas em leis e também no convencimento e convicção obtidas através de suas experiências são essenciais para o correto sopesamento dos direitos fundamentais, eliminando essas provas eletrônicas do mundo virtual, restaurando a intimidade do indivíduo atingido exercitando o direito ao esquecimento, garantido constitucionalmente a qualquer cidadão.

No Capítulo I será demonstrado que a prova serve principalmente como meio de demonstração de certeza e verdade que se busca com o processo. O presente trabalho não tem como fundo uma análise aprofundada sobre a verdade. A discussão aqui apresentada tem como objetivo determinar que o direito digital é o instrumento utilizado para a obtenção da prova. Não há como se extrair do conjunto probatório a *verdade* propriamente dita, vez que sempre haverá, no mínimo, duas versões dela, já que cada parte tentará comprovar os fatos alegados de acordo com a sua visão do que aconteceu, não representando, portanto, a realidade tal qual como de fato ocorreu. Com os meios digitais há ainda agravantes, pois se lida apenas com informações intangíveis, facilmente adulteráveis e, pior, normalmente todos os envolvidos em realizar o conjunto probatório e depois em analisá-lo não possuem conhecimento técnico suficiente para perceber se isso ocorreu. Necessário se faz então que

haja mais cuidado, principalmente por parte do magistrado, para a resolução da lide, exarando assim uma sentença de forma que a paz social seja alcançada.

No Capítulo II veremos que o processo tem como um de seus objetivos a resolução de conflito existente entre as partes que batem a porta do Judiciário esperando que este resolva a situação para eles. Nesse diapasão, é necessário que o juiz se convença sobre os fatos, revelando assim a verdade possível sobre o caso concreto, de modo que possa exarar sua decisão demonstrando a sua convicção que foi obtida de modo lógico e seguindo todos os mandamentos contidos na ordem jurídica. No entanto, nem sempre é possível que o magistrado atenda à ânsia das partes sem se valer do ativismo judicial, tendo mais liberdade de interpretação e superando uma norma já não mais condizente com os tempos atuais ou mesmo suprindo a falta de uma legislação, por omissão do Congresso Nacional. Para que o juiz possa se utilizar do ativismo, é necessário que também saiba valorar as provas, para que tenha condições de formar sua convicção, sendo crucial, portanto, compreender as nuances do mundo virtual e dispositivos eletrônicos, em crescimento exponencial atualmente, de modo que atenda a todos os requisitos necessários para a contemplação da prova eletrônica, permitindo que ao final do processo exista uma sentença justa, que atenda o que se esperada deste representante do Estado Democrático de Direito.

No Capítulo III veremos que com novos equipamentos aparecendo a cada dia, com mais e mais funções antes impensáveis ao homem médio, vivemos uma explosão tecnológica aliando o que antes se necessitava ter vários e vários dispositivos em um único equipamento. Hoje, praticamente qualquer aparelho eletrônico consegue capturar imagens, gravar sons e vídeos, com as mais diversas configurações. Apesar de não direta e explicitamente, nossas leis já estão maduras o suficiente para tratar das questões das provas digitais, não impedindo a sua utilização dentro dos tribunais nacionais. A perícia forense também acompanha de perto as inovações tecnológicas, propiciando aos operadores do Direito e peritos todas as ferramentas necessárias para atestar a autenticidade e integridade dos arquivos digitais.

No Capítulo IV veremos que a tecnologia apesar das inúmeras vantagens que proporciona a toda sociedade, sem dúvida também traz problemas, entre eles, o fato de que nada do que é colocado na Internet, em regra, é apagado, esquecido. Há um lado positivo, por questões históricas, já que qualquer pessoa interessada pode ter acesso a todo o momento a publicações que já não se encontram mais disponíveis em meios convencionais, como revistas e jornais. No entanto, também representa um grave problema, pois fatos esquecidos podem vir

à tona a qualquer momento. Há que se ter um sopesamento entre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de modo a preservar os interesses do indivíduo e da sociedade de modo a não ocorrer pena perpétua, já que toda informação contida nos meios virtuais, em tese, pode ser usada como prova eletrônica.

## **CAPÍTULO 1 - A PROVA**

A prova está presente no dia a dia de todos os operadores do Direito, não importa qual a espécie da tutela jurisdicional pretendida, sempre há que se provar algo. No entanto, o tema sobre prova não é muito bem explorado pela doutrina, com exceção de pouquíssimos, mas excelentes, doutrinadores que se debruçam sobre o assunto de modo a pesquisar com a profundidade necessária o assunto em tela, fornecendo assim os mecanismos necessários para que se possa cumprir o dever da prestação da tutela jurisdicional.

A prova tem como principal objetivo demonstrar de algum modo e certeza a veracidade de um fato ou mesmo de uma simples argumentação. A prova evoca a racionalização da descoberta da verdade. A discussão jurídica sobre determinado assunto normalmente se resume à elucidação de fatos, assim, as partes devem comprovar que um fato pode ser usado como prova. A finalidade da prova é o meio pelo qual as partes tentam convencer o juiz sobre a verdade dos fatos, assim, o juiz terá à sua disposição os elementos para formar sua convicção a respeito dos fatos que constituem a lide. O juiz no processo busca a reconstrução dos fatos, que foram narrados, dentro de uma linha do tempo, sendo que faz isso por meio da aplicação das normas abstratas existentes em nosso ordenamento jurídico, após realizada tal concreção, vê-se qual a consequência que é aplicável ao conflito, passando a discipliná-la na forma como estabelecido por nossos legisladores.

Pode-se afirmar assim que a prova tem como função demonstrar a realidade dos fatos, principalmente os litigiosos e controvertidos, e não o direito no qual se está buscando a efetivação da Justiça. É a única conclusão a que se chega, haja vista que o direito só pode ser aplicado caso se tenha conhecimento prévio dos fatos, e para que se tenha a perfeita subsunção da norma, é essencial que se tenha a incidência correta de todos os direitos almejados aos fatos ocorridos.

Nessa toada, infere-se que o processo civil tem como escopo principal a investigação da verdade formal, para depois se chegar a uma verdade substancial. Temos importante lição de Marinoni e Arenhart nesse sentido:

Essa visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do ser, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Esses ainda se preocupam em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou

seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado<sup>1</sup>.

Como vemos, de uma análise mais profunda sobre o tema, diversas ponderações começam a surgir, com questionamentos dos mais renomados pesquisadores. Dentro do Direito Digital não haveria de ser diferente, com agravantes, vez que geralmente as provas produzidas estão em meios eletrônicos, portanto intangíveis e, pior, sujeitas a todo tipo de modificação que esse meio possibilita, prejudicando ainda mais a busca pela verdade, seja ela qual for.

A descoberta da verdade, essencial em qualquer processo, fica cada vez mais prejudicada com o fenômeno crescente da digitalização do mundo no qual vivemos, com equipamentos eletrônicos que, à primeira vista, parecem ajudar, pois hoje em dia praticamente todos permitem a gravação de áudio e vídeo, sendo que também realizam a gravação de quaisquer dados que trafegam por seus circuitos. No entanto, dia após dia fica cada vez mais evidente que a verdade é algo difícil a ser conseguida e, mais, restando ainda àqueles que querem a resolução da lide sempre uma real desconfiança, ainda que não pronunciada, sobre os fatos, se realmente aconteceram ou não, e se aconteceram, com quais maneiras ocorreram.

Ademais, há que se lembrar que a prova é prevista na Constituição Pátria, sendo que é inegável que pertence ao rol de direitos fundamentais, como previsto no artigo 5º, LV, “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” e também o inciso LVI, que proíbe apenas a utilização de provas ilícitas.

Robert Alexy faz uma defesa veemente dos direitos fundamentais e princípios aos quais todas as pessoas são contempladas, principalmente em virtude dos mandamentos constitucionais. Vejamos:

Um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito. É claro que é possível discutir quais princípios são válidos nesse sentido. Mas, por razões óbvias, essa discussão sobre a validade é menos frequente que a discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios. (...) Entre os princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme., ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25 e 26.

utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles<sup>2</sup>.

A prova, prevista em nossa carta magna, é, portanto, um direito fundamental a que qualquer pessoa tem dentro de um processo. No entanto, mesmo que direito fundamental, tem que se prestar à sua finalidade, qual seja, a busca da verdade.

É imprescindível assim que se faça uma reflexão sobre a verdade e seus desdobramentos, verossimilhança e suas consequências, pensando também em como aplicar o que já existe em nosso ordenamento jurídico e como estabelecer novas regras para que, mesmo na busca de provas de fatos ocorridos em meios eletrônicos, seja possível se chegar a uma verdade que auxilie a resolução do conflito entre as partes, sem que reste, ou ao menos que se diminua substancialmente, qualquer tipo de desconfiança sobre os fatos ocorridos.

Desta feita, podem-se fazer as perguntas: será que é possível chegar uma *verdade* utilizando provas digitais? O presente trabalho pretende responder tal questão fazendo uma crítica moderada aos modelos existentes com apoio de pesquisa doutrinária, bem como comparando decisões emitidas pelos tribunais, de forma que por meio do método indutivo-dedutivo seja possível observar que a verdade processual em casos concretos que envolvem tecnologia, mais precisamente a Internet e arquivos digitais, necessita de maior aprofundamento das questões relativas à identificação do usuário e aceitação/verificação de autenticidade e integridade das provas digitais.

## **1.1 A prova e a verdade – relações existentes entre si**

O presente trabalho não tem como fundo uma análise aprofundada sobre a verdade. A discussão aqui apresentada tem como objetivo determinar que o direito digital é o instrumento utilizado para a obtenção da prova.

O processo tem como um de seus objetivos fazer com que a verdade surja, possibilitando ao magistrado que exare a sentença de forma que possa aplicar a norma de forma apropriada ao caso concreto. Essa verdade só pode surgir com a comprovação dos fatos, ou seja, por meio das provas apresentadas no decorrer do processo. Marinoni e Arenhart

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009, p. 136.

ensinam: “O chamado ‘juízo de subsunção’ representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico”<sup>3</sup>.

Para melhor compreensão do assunto abordado, cabe lembrar que o processo é um chamado ao Estado para que venha a decidir sobre o conflito de interesses existente entre as partes, daí surge a função do processo que é destinada a encontrar a verdade, descobrir os fatos para que se possa efetivamente dar uma decisão de forma que mais se aproxime com o que é esperado da Justiça.

A convicção do juiz deve se dar em virtude de tudo com o qual o mesmo tomou contato dentro do processo, ou seja, as provas são parte essencial, para não dizer a principal, para a resolução apropriada da lide, assim, é natural que as provas tenham como objetivo o aparecimento da verdade.

Marinoni e Arenhart continuam a ensinar:

A verdade, pois, sempre foi fator de legitimação para o direito processual. Ora, sob a suposição de que as decisões judiciais nada mais são do que a aplicação objetiva do direito positivo – em tese, derivado da vontade popular, já que emanado de representantes do povo – a fatos pretéritos rigorosamente reconstruídos, conclui-se que a atividade jurisdicional atende aos anseios populares, já que não haveria, sob essa perspectiva, nenhuma influência da vontade do juiz ou de outra força externa qualquer. Perante essas premissas, o juiz chega mesmo a ser concebido como algo anímico (quase uma máquina), cuja função é, tão somente, concretizar o direito abstrato para a situação específica. O raciocínio, de nítidos ares iluministas e liberais, e cristalizado na célebre ideia de Montesquieu de que o juiz não é mais que a *bouche de la loi* (a boca da lei), tinha definida função no período da Revoluções do século XVIII: visava a proteção do interesse da coletividade contra os abusos da aristocracia (que dominava o Judiciário e o Executivo da época). A ideia era a de que, ficando o juiz cingido a verificar os fatos ocorridos e aplicando a eles um direito preestabelecido (fruto da elaboração pelo Legislativo), a atuação jurisdicional jamais poderia ser dita ilegítima, na medida em que o juiz não seria mais do que um executor das diretrizes do Legislativo<sup>4</sup>.

Pode-se dizer que um dos objetivos principais do processo é a justa solução da lide. O direito só pode ser concretizado como a efetivação da justiça se servir como revelador da verdade, de modo que seja feita a justa composição da lide, assim, os fatos nos quais se fundam o processo devem trazer à tona os requisitos necessários para que o magistrado se convença da solução apropriada aplicando as normas que se amoldam perfeitamente à situação enfrentada.

---

<sup>3</sup> MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. Op. Cit., p. 26.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 27 e 28.

Há que se observar também que a verdade buscada no processo por meio das provas não tem natureza absoluta, conforme explica Michele Taruffo:

De hecho, la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras, como la física y las matemáticas, pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa<sup>5</sup>.

As partes sempre têm diferentes percepções da verdade, e o juiz o fará ainda de modo distinto, já que ele absorve a verdade por meio dos elementos que estão presentes nos autos. O juiz, então, por meio da função primordial do processo, que é o conhecimento, fará surgir a verdade substancial, por meio dos sentidos e da inteligência, conformando com sua noção ideológica e com a realidade.

Na busca da verdade substancial o juiz pode até mesmo determinar de ofício a produção de provas, por exemplo, uma perícia, de modo que possa firmar seu convencimento sobre a causa antes de exarar sua decisão. No entanto, tais poderes devem ser usados com muito cuidado, pois como é sabido, o judiciário é inerte, devendo as partes produzir as provas que acharem necessárias, justamente para que o juiz não se torne também um interessado na lide, o que poderia fazê-lo pender para um ou outro lado. Há que se respeitar a paridade de armas, não devendo o magistrado tomar lado no processo, ou seja, acusando, produzindo prova, julgando, condenando e executando. A verdade sem dúvida deve ser buscada para o bom andamento processual e adequada solução da lide, mas não a todo e qualquer custo, sob pena de não se realizar a justiça tão almejada por toda a sociedade.

A verdade real seria a verdade mais perfeita a ser utilizada no processo, principalmente no direito penal. Para o processo civil, a priori, pode o juiz se contentar com uma verdade imperfeita, o que significa em outras palavras, pode não ser condizente com a verdade. Nesse sentido, nos ensina Nelson Finotti:

“Assim, justificada estaria senão um menor grau de segurança no processo civil, mas uma certeza pela maior celeridade, ou seja, adota-se a verdade formal como

---

<sup>5</sup> TARUFFO, M. **La prueba**. Tradução para o espanhol de Laura Manriquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 26.

consequência de um procedimento permeado por inúmeras formalidades para a colheita das provas, por inúmeras presunções legais definidas aprioristicamente pelo legislador, tais como, preclusão, coisa julgada, revelia, confissão. Em outras palavras, enquanto no processo penal só a verdade real interessa, no processo civil serve a verdade aparente”<sup>6</sup>.

Ocorre que terminada a fase instrutória do processo, terá o juiz uma narrativa em suas mãos cujo objetivo é a reconstrução da história atrelada aos fatos alegados pelas partes, se completa, o resultado deve ser considerado como a verdade, no entanto, não raras vezes é sabido que não foi possível obter a “verdade” propriamente dita na ação em questão, daí a noção da verdade “formal”, que está mais para uma “ficção” do que para a verdade real.

Marinoni e Arenhart, com efeito, dissertam:

Parte-se da premissa de que o processo civil, por lidar com bens menos relevantes que o processo penal, pode se contentar com menor grau de segurança, satisfazendo-se com um grau de certeza menor. Seguindo essa tendência, a doutrina do processo civil – ainda hoje muito em voga – passou a dar mais relevo à observância de certos requisitos legais da pesquisa probatória (por meio da qual a comprovação do fato era obtida) do que ao conteúdo do material de prova. Passou a interessar mais a forma que representava a verdade do fato do que se esse produto final efetivamente representava a verdade. Mas ainda assim se reconhecia a possibilidade de obtenção de algo que representasse a verdade – apenas se ressaltava que o processo civil não estava disposto a pagar o alto custo dessa obtenção, bastando, portanto, algo que fosse considerado *juridicamente* verdadeiro. Era uma questão de relação custo-benefício: entre a necessidade de decidir rapidamente e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira<sup>7</sup>.

No entanto, nos dias atuais, já é possível afirmar que não mais existe distinção entre verdade substancial e a verdade formal, vez que a doutrina afirma categoricamente que o processo penal não possui nenhuma característica própria que forneça ao processo mecanismos para a reconstituição dos fatos diferentemente do que faz o processo civil.

A alegação de que o processo penal é mais “gravoso” na medida em que lida com a questão da liberdade da pessoa faz com que os menos atentos não percebam que também o processo civil trata igualmente de questões primordiais, como direito de família, capacidade jurídica e outros, ademais, também lida diretamente com o poder financeiro do indivíduo, que não raro é considerado por muitos maior motivo de preocupação do que a própria liberdade.

<sup>6</sup> SILVA, Nelson Finotti. Verdade real versus verdade formal no processo civil. **Revista Síntese** – Direito Civil e Processo Civil – novembro/dezembro 2002 – v. 20 – páginas 17/21.

<sup>7</sup> MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., Op. Cit., p. 32.

Diante de tais constatações hoje em dia já não faz mais tanto sentido haver tais “verdades” processuais. Até mesmo porque, se assim fosse, seria o mesmo que dizer que o juiz que está a julgar a lide civil se dá por satisfeito com uma *meia verdade*, enquanto que aquele que julga um crime precisaria da *verdade inteira* para se sentir apto a exarar sua decisão.

Marinoni e Arenhart suportam essa vertente, inclusive citando outros ilustres doutrinadores para confirmar tal teoria:

Além disso, não se pode esquecer que a ideia de verdade formal foi duramente criticada pela pena severa de Chiovenda. Segundo ele, ‘*juridicamente* a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação do juiz pode chamar-se uma *verdade* formal: frase que supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar; o direito não admite esta confrontação, e nós, ao buscarmos a essência de uma instituição jurídica, devemos colocar-nos no ponto de vista do direito’. Também Canelutti ofereceu semelhante crítica à figura, qualificando-a como verdadeira metáfora. Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade<sup>8</sup>.

De sua parte, Cambi ensina:

"Desse modo, resta superada a dicotomia da verdade material e da verdade formal que se costumava fazer atribuindo a primeira ao processo penal e a segunda ao processo civil. A reconstrução dos fatos no processo penal não é mais relevante do que no processo civil, mesmo porque nem todas as condenações penais redundam na aplicação da pena de restrição da liberdade e, mesmo assim, em contrapartida, as consequências não patrimoniais de uma condenação civil poderiam ser tão graves quanto a restrição da liberdade (por exemplo, a perda do pátrio poder). Portanto, tanto no processo penal quanto no civil, o melhor conhecimento possível dos fatos constitui pressuposto para uma boa decisão"<sup>9</sup>.

A verdade, assim compreendida pelo homem médio, é algo inatingível dentro de um processo, infelizmente. Primeiro, porque as partes que ali estão se enfrentando produzirão as provas conforme sua conveniência, o que levará o magistrado a ter de fazer um juízo de valor e então concluir de acordo com sua consciência o que de fato ocorreu, no que se pode dizer que se tem assim mais uma “verdade” a constar do processo: a do próprio magistrado. Em segundo lugar, mesmo que aqueles que estejam produzindo provas tenham a mais absoluta

<sup>8</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>9</sup> CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

honestidade, não deixando um único fato para trás dos acontecimentos, nem mesmo manipulando o que deve ou não ir ao conhecimento do julgador, é improvável que todos se lembrem com perfeição de todos os detalhes do evento fático que está a causar a lide, vez que isso é inerente ao ser humano. Em depoimentos pessoais, por exemplo, mesmo que os envolvidos queiram contar tudo o que aconteceu com riqueza de detalhes, ainda estarão à mercê do entendimento do juiz sobre o que deve ou não ser perguntado, o que certamente pode ter como consequência que pequenos, mas determinantes, fatos sejam esquecidos ou então nem mesmo possam ser trazidos à luz do processo para que se tenha a efetiva “verdade” almejada.

Cândido Rangel Dinamarco traz importante ensinamento sobre a matéria:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição<sup>10</sup>.

Como se pode perceber, sempre há um grau de subjetividade, mesmo que mínima, na produção probatória, inclusive na valoração que o juiz terá obrigatoriamente que fazer das provas apresentadas, assim é impossível saber se é verdade absoluta os fatos apresentados e, como dito pelo ilustre professor Dinamarco, jamais se poderá ter certeza sobre isso e que se deve esperar “um grau muito elevado de probabilidade”.

Assim, a verdade que é apresentada no processo por meio das provas, não será a absoluta ou real, mas sim uma grande probabilidade como aconteceram os fatos que ensejaram a lide que se está a julgar. Pode-se dizer, portanto, que se busca no processo é um juízo de verossimilhança, até porque, a busca da verdade “real” poderia demorar tempo

---

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 335.

demais, sendo que mesmo assim, ao final do processo, tudo o que se teria seria apenas algo que se aproximaria muito dessa verdade “real”.

O âmago da verdade, portanto, é algo que não pode ser alcançado. O jus-filósofo Miguel Reale, ao se debruçar sobre o tema chegou à conclusão de que há uma *quase-verdade*, pois a verdade propriamente dita seria imprestável e inatingível. Vejamos:

(...) se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo de logicamente redutível a uma correlação precisa entre ‘pensamento e realidade’, tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como ‘realidade fatural’, forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção kantiana essencial entre ‘conhecer segundo conceitos’ e ‘pensar segundo ideias’, isto é, acrescento eu com certa elasticidade, ‘pesar segundo conjecturas’. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange a definição de verdade, e os conceitos que se digladiam não são mais do que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de *homo sapiens* pretenda sustentar o contrário. (...) E prossegue: não há nessa atitude, porém, nenhum laivo de ceticismo ou de relativismo, pois quem conjectura, quando a verdade não se lhe impõe precisamente ao espírito, quer lançar uma ponte sobre a dúvida que separa uma verdade da outra, para usarmos uma imagem feliz de Augusto Comte. É que o pensamento, tanto como a natureza, tem horror ao vácuo, ao não-explicado ou compreendido. Vaihinger, afirmando que toda verdade se reduz a uma ‘ficção’, a um *como se (al sob)* que o nosso espírito admite para compreender e dominar uma série de situações problemáticas, atendendo, assim, a exigências biológicas, e, mais amplamente, existenciais. A teoria da verdade reduzir-se-ia, desse modo, a uma teoria das ficções conscientes e úteis, em função dos esquemas ideais com que o homem encapsula o real e o ordena segundo os seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional<sup>11</sup>.

Fica mais fácil compreender então que é impossível se chegar à verdade, absoluta, substancial, sendo mais pertinente o uso da verossimilhança. Ao ser humano, para que tenha a compreensão da verdade absoluta, necessária e forçosamente terá de saber não só a condição do fato existente, mas também todos os demais fatos excludentes, para que a conclusão seja totalmente irrefutável sem a subjetividade efetiva de quem está efetuando a análise dos fatos.

Para facilitar a compreensão, é imprescindível o ensinamento de Francesco Carnelutti, citado na obra de Marinoni e Arenhart:

Especificamente em relação ao tema da “verdade”, a falibilidade do paradigma do objeto põe-se a nu por completo. O conceito de verdade, por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo que determinada coisa se passou de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983. p. 17 e 18.

é óbvio, essa possibilidade extrapola os limites humanos. Isso foi bem salientado por Carnelutti, quando frisou que “exatamente porque a coisa é uma parte ela *é e não é*; pode ser comparada a uma medalha sobre cujo anverso está inscrito o seu ser e no verso o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou, digamos, apenas da parte, é necessário conhecer tanto o verso quanto o anverso; uma rosa é uma rosa, ensinava Francesco, porque não é alguma outra flor; isto quer dizer que, para conhecer realmente a rosa, isto é, para atingir a verdade, impõe-se conhecer não apenas aquilo que ela é, mas também o que ela não é. Por isso a verdade de uma coisa não aparece até que nós possamos conhecer todas as outras coisas, e assim não podemos conseguir mais que um conhecimento parcial. (...) Em suma, a verdade está no *todo*, não na *parte*, e o todo é demais para nós. (...) Assim a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu à substituição da *verdade* pela *certeza*”<sup>12</sup>.

Não há outra conclusão a se chegar que as provas apresentadas em um processo não levam à verdade, mas somente fornecem elementos sobre a provável forma como os fatos devem ter ocorrido. Tome-se como exemplo a prova testemunhal, se duas ou mais pessoas derem o seu depoimento sobre o mesmo fato, teremos duas descrições de como aconteceu, pode-se dizer então que há duas *verdades* sobre o mesmo fato. Ora, se existirem ainda mais testemunhas sobre tal fato, ter-se-á ainda mais *verdades* sobre este, o que no fim das contas, levará a apenas uma *certeza* do que realmente aconteceu, ou seja, uma probabilidade muito grande de como os fatos ocorreram, mas jamais alguém poderá afirmar que aquilo representa a *verdade absoluta*.

Desta forma, chega-se a uma posição na qual ocorre uma controvérsia. As partes que estão a litigar dentro processo acreditam que ambas têm razão, assim, obviamente, também consideram que as versões fáticas narradas de cada lado é que expressam a verdade sobre os fatos que aconteceram, no entanto, é fácil observar que as narrativas são totalmente em caminhos contrários. Assim, não resta outra conclusão senão a que é impossível se obter a verdade sobre determinado fato que ocorreu na história de ambas, além do que, os fatos narrados podem ser parciais e tendenciosos.

Pode-se falar, então, da verossimilhança. A verossimilhança pode ser conceituada como algo que parece ser a verdade, de maneira intuitiva, uma realidade que carrega a aparência ou uma probabilidade da verdade, em outras palavras, é um nível muito alto de convencimento muito próximo da possibilidade. A verossimilhança, portanto, é algo que

---

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, 2ª série, n. 20, Padova, Cedam, 1965 apud MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. op. cit. p. 36 e 37.

“segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-ia para adquirir a certeza quanto a certo fato”<sup>13</sup>.

A verossimilhança depende da experiência, da vivência daqueles que a usam, possuindo boa dose de subjetividade, de acordo com cada indivíduo. “Assim, demonstra a circunstância de que, a cada dia, fatos que até então eram tido como inverídicos passam a assumir – em função da evolução das ciências – ares de possíveis ou mesmo verossimilhantes”<sup>14</sup>.

Eduardo Cambi traz a compreensão sobre o assunto, elucidando que verossimilhança não pode ser confundida com a verdade, pois esta é apenas a aparência ou ilusão desta:

Para Calamandrei, a verossimilhança é a sub-rogação da verdade por isso, valendo-se de Wach, afirma que todas as provas não são senão provas de verossimilhança. Entretanto, o conceito de verossimilhança não se confunde com o de verdade. Aliás, o próprio Calamandrei afirma que a verossimilhança não é a verdade, mas a aparência ou mesmo a ilusão da verdade. E, ao conceituar verossimilhança, afirma que, para chegar a um juízo de verossimilhança, deve-se recorrer a um critério geral, já adquirido com precedência, mediante a observação do que ocorre normalmente (*quod plerumque accidit*). Na trilha desse raciocínio, a noção de verossimilhança não se confunde com a verdade possível de ser objetivável, no processo, pois o juízo de verossimilhança concerne ao fato enquanto objeto da alegação ou, mais propriamente, à mera alegação do fato. Logo, não depende de qualquer elemento de prova nem sequer diz respeito à previsão do resultado da prova ou do seu êxito *ex ante* (antes de ser produzida). O juízo de verossimilhança é formulado com base no conhecimento que o juiz tem, antes da produção da prova, estando baseado na mera alegação do fato e fundado em uma máxima da experiência, isto é, na frequência com que fatos do tipo daquele alegado acontecem na realidade. Portanto, é um juízo genérico e abstrato sobre a existência de fato típico, formatado sob o critério da normalidade<sup>15</sup>.

Não se deve esperar que a Justiça estabeleça ou revele a verdade. Infelizmente o juiz não tem como conseguir esse ideal, apesar de buscá-lo efetivamente dentro do processo, o máximo que se obterá é algo muito próximo à verdade, que, inclusive, será baseada na convicção do juiz, em sua *máxima de experiência*, observando todas as nuances às quais esteve afeto, para então poder exarar sua decisão.

Marinoni e Arenhart concluem:

Ainda assim, o conceito de verossimilhança, embora operacional, parece insuficiente para apoiar todas as cogitações a respeito do direito probatório. Como visto, a

<sup>13</sup> MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., Op. Cit., p. 39.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 58-59.

verossimilhança se apresenta como uma verdade aproximada, possível, factível; o grau dessa aproximação, todavia, ainda é indeterminado. E essa indeterminação também pode comprometer o conceito, pois permite confundi-lo com outras noções que, corriqueiramente, se utilizam no direito processual civil, a exemplo das ideias de probabilidade, de aparência e de possibilidade. De fato, excluído o conceito de verdade material (conceito absoluto), todos os demais conceitos que dele derivam são meramente aproximativos e relativos – já que importam uma relação entre o conceito absoluto (verdade substancial) e o outro que se pretende definir<sup>16</sup>.

Como abordado, é essencial que o magistrado esteja o mais próximo e atuante possível da verdade e, portanto, dos fatos que estão atrelados à lide no caso concreto. O juiz deve, portanto, ter uma atitude proativa, dando ênfase na busca de todos os elementos necessários para que o máximo da verdade apareça dentro do processo que, como instrumento público que é, a justa decisão é o objetivo principal a ser buscado dentro deste, portanto a busca da verdade tem como última finalidade a pacificação social.

Há que se considerar também a revelia no contexto probatório. Como é sabido, uma vez que citado e o réu não apresenta defesa, ou seja, não contesta a ação, “reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”, conforme o artigo 319 do Código de Processo Civil. No entanto, tem-se na realidade uma presunção da veracidade dos fatos alegados na petição inicial, já que tal condição não garante que haverá um julgamento automático por parte do juiz da ação como procedente. Assim, os fatos contidos nos autos serão aceitos como verídicos, porém, a consequência jurídica não é automaticamente a satisfação da pretensão do autor, vez que com a análise dos fatos a conclusão lógica pode ser pela improcedência do pedido.

A doutrina nacional trata que a *ficta confessio* incidirá sobre os fatos e não sobre o direito, assim, os fatos é que se presumem verdadeiros, em outras palavras, o pedido será devidamente analisado para que possa ser julgado procedente, uma vez que também deve existir o direito a embasar a procedência. Nesse sentido:

“Ao interpretar o direito, o juiz fará ordinariamente o controle de todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, extinguindo o processo ex officio quando faltar algum, apesar de o réu estar omissos e, obviamente, nada haver suscitado a respeito; também interpretando o direito, o juiz julgará improcedente a demanda inicial sempre que os fatos constitutivos, ainda que tomados por existentes,

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 41.

não produzam perante o direito material a consequência afirmada pelo autor. Nenhuma presunção incide sobre o direito”<sup>17</sup>.

Percebe-se assim, que o legislador ao redigir o art. 319 do Código de Processo Civil, inspirado no direito Alemão, optou por colocar regra punindo duramente o réu que pela inércia não se defende no processo. No entanto, pode-se fazer uma crítica a respeito, já que a maior parte da população não tem conhecimento mínimo suficiente para entender o que é a citação do processo, isso sem contar aqueles que não são alfabetizados ou analfabetos funcionais.

Destarte, não há que se falar, portanto, em certeza, verdade, verossimilhança ou probabilidade dos fatos ou do conjunto probatório quando ocorre a revelia, vez que o Código de Processo Civil já lhe atribui aos fatos narrados a veracidade presumida.

Há que se lembrar das exceções previstas no artigo 320 do Código de Processo Civil, que determina que não haverá os efeitos da revelia nos casos que houver pluralidade de réus, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis, ou se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato. Tal rol, inobstante, não é taxativo, vez que há outras exceções no próprio código, como por exemplo, a inobservância do artigo 285 do Código de Processo Civil, pois se não constar do mandado de citação a advertência ao réu que se este não contestar a ação os fatos se presumirão aceitos como verdadeiros, não ocorrerá a revelia.

Dentro de todo esse paradigma que se estabeleceu, tem-se a questão probante relativamente às questões tecnológicas, vez que as provas produzidas para resolver as lides que envolvem o Direito Digital normalmente ocorrem com informações intangíveis, que não raro estão além do conhecimento do magistrado e também das partes envolvidas, dificultando ainda mais a busca da verdade.

---

<sup>17</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. III, São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 536.

## 1.2 A prova e o direito digital

As questões envolvendo a tecnologia da informação, computadores, redes de informática, enfim, o “mundo virtual”, constitui um desafio constante para todos os operadores do Direito. A informação utilizada nos meios telemáticos é intangível, portanto não deixa de ser um obstáculo a mais para a realização de provas para a elucidação de um processo, seja cível ou penal.

O primeiro óbice que vem à mente de qualquer jurista é sobre a aceitação ou não de provas produzidas por meios eletrônicos. A nossa legislação, em especial a Constituição Federal e o Código Civil, admitem o uso do conjunto probatório obtido junto às tecnologias, sejam elas quais forem, conforme já mencionado (CF/88, art. 5º, LV e LVI).

Já o artigo 225 do Código Civil é claro em determinar que “reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”, ou seja, é plenamente possível a utilização de provas obtidas por meios eletrônicos.

Conforme se vê pela legislação citada, não há nenhum tipo de impedimento para a aceitação de provas eletrônicas em um processo. Não só isso, em lides que envolvem o “mundo virtual”, principalmente a Internet, muito provavelmente só se produzirá provas também virtuais ou digitais.

Patrícia Peck faz interessante comentário em sua obra:

Não há nenhuma legislação brasileira que proíba ou vete a utilização de prova eletrônica. Ao contrário, o Código Civil e o Código de Processo Civil aceitam completamente o seu uso, desde que sejam atendidos alguns padrões técnicos de coleta e guarda, para evitar que esta tenha sua integridade questionada ou que tenha sido obtida por meio ilícito. Logo, o que realmente existe, novamente, é o preconceito quanto ao tipo de prova, pois todos nós temos medo (insegurança) daquilo que não conhecemos<sup>18</sup>.

À primeira vista pode transparecer que não há grandes problemas a serem enfrentados com a questão, no entanto, há sim muita controvérsia, principalmente com o fato de se ter que conciliar as particularidades existentes das ciências humanas, no caso, com o Direito, e as

---

<sup>18</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

ciências exatas, nas quais se encaixa a tecnologia, o mundo virtual, enfim, tudo que é eletrônico. Isso porque para aqueles que convivem apenas com a tecnologia, tem-se a noção – errada, diga-se de passagem – que é tudo muito lógico, portanto seria tudo “preto no branco”. Porém tais pessoas começam a se desanimar quando percebem que não é bem assim. Para o Direito, provar um fato vai além da lógica pertinente àqueles que lidam com a tecnologia.

Para que a prova eletrônica tenha eficácia jurídica é essencial que tenha credibilidade, confiança e fiabilidade como reproduções de fatos, que terá que se firmar em dois pilares: genuinidade e segurança. Um documento só pode ser considerado genuíno quando não sofreu nenhum tipo de alteração e só poderá ser considerado seguro, quando for difícil de realizar alterações nele, aliado também à facilidade de se perceber quaisquer alterações que por ventura venha a sofrer e, por fim, à possibilidade de se reconstituir o original.

O imbróglio jurídico principal está firmado. As informações digitais têm em sua essência a característica de serem reproduzidas livremente e também de poderem ser alteradas à conveniência daquele que a está manuseando. Todo e qualquer arquivo digital possui diversas “camadas” que podem ser alteradas de acordo com o conhecimento do usuário que o está manipulando, sem contar ainda, que o sistema computacional geralmente altera algumas informações apenas com a visualização.

A busca da verdade, então, é um desafio ainda maior quando se trata de fatos que envolvem sistemas digitais. Por exemplo, é possível que qualquer pessoa altere uma foto digital, colocando ou retirando elementos para que fique ao seu gosto. Porém, existem técnicos com conhecimento suficiente que podem realizar alterações diretamente no arquivo, sem a necessidade de programas de edição de imagens. Por certo que o nível de exigência de conhecimento técnico é muito mais elevado neste caso, mas a possibilidade é real e existe. Nem por isso a foto digital não deve ser utilizada dentro do processo, mesmo com a exigência do Código de Processo Civil de que deve vir acompanhada de negativo, vez que atualmente são praticamente inexistentes equipamentos que utilizem o negativo, com o mercado comercializando quase que exclusivamente máquinas digitais. Destarte, não bastará apenas alegar a falta de negativo da fotografia, mas sim impugnar a prova produzida<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Como se vê nos julgados:

Sustenta o recorrente a inexistência de conjunto probatório apto a comprovar a ocorrência da irregularidade apontada, vez que as fotografias carreadas ao feito não se encontram acompanhadas dos negativos correspondentes. Contudo, a mera ausência dos negativos, sem que tenha sido efetivamente impugnada a autenticidade das fotografias, não se configura apta a afastar a sua admissão como meio de prova, vez que

O magistrado, e as partes também, obviamente, enfrentam assim um desafio a mais ao tentarem provar um fato que dependa de arquivos eletrônicos, pois a “prova” propriamente dita não bastará para a comprovação do fato alegado, quem a produziu, provavelmente, também deverá provar que não houve qualquer tipo de alteração ou adulteração, ou seja, há no mínimo dois fatos a serem comprovados, o que dificulta ainda mais a obtenção da verdade dos fatos.

Assim, além da prova eletrônica trazida aos autos, testemunhas podem e devem corroborar os fatos, auxiliando a busca da verdade<sup>20</sup>.

Também é comum atualmente em processos relacionados ao uso da tecnologia envolvendo crimes de calúnia, difamação ou injúria e também os de indenização por danos morais serem baseados na identificação do usuário por meio do endereço IP. O endereço IP, numa conceituação extremamente simplista, é um identificador que todo e qualquer

---

referida formalidade há muito restou superada pelos Tribunais pátrios ante o advento da tecnologia digital. Desta forma, inexistindo nos autos elementos que abalem a idoneidade das fotos apresentadas, que demonstram de forma insofismável o desvio de energia realizado pelo Requerente, não tendo este efetivamente indicado a existência de adulteração nas fotografias carreadas, cingindo-se a refutá-las de formas genérica e não fundamentada, não comporta acolhida sua deduzida ineficácia. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 689.897-5, DA COMARCA DE MARINGÁ - 4ª VARA CÍVEL.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO (...) FOTOGRAFIA DESACOMPANHADA DE NEGATIVO. PROVA VÁLIDA E EFICAZ. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTADA. (...) Por outro lado, não há que se falar em necessidade de retirada das fotografias juntadas sem os respectivos negativos, as quais se prestam perfeitamente à produção da prova, mormente quando não há impugnação fundamentada para a prática de tal ato judicial.” (Agravo Nº 1.0111.06.009141-5/003. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Campina Verde. Relatora: Desembargadora Cláudia Maia, julgado em 25/10/2007).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ASSERTÇÃO. APLICAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA. CULPA. NEGLIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 4. Não configura prova ilícita a juntada de fotografias sem os correspondentes negativos, especialmente nos dias atuais, quando a grande maioria das máquinas fotográficas é digital, tornando-se inviável, portanto, a exigência prevista no artigo 385,§1º, do CPC. 5. O Município deve responder pela indenização dos danos materiais experimentados pelo autor, quando comprovados os danos, a negligência da Administração Pública Municipal no que tange à sinalização de rodovia municipal e o nexo de causalidade entre ambos. 6. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. (TJES; AC 11080169748; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julg. 27/02/2012; DJES 15/03/2012; Pág. 106).

<sup>20</sup> Nesse sentido temos o julgado:

(...) "Este controle eletrônico, mais do que os cartões picados, permite adulterações. O cartão que foi picado, picado fica, mas o controle eletrônico adulterado pode ser por qualquer um que possua a necessária senha de acesso ao programa. (...) Havendo prova de horas extras, como de fato há de acordo com a exordial, a fraude no controle se pressupõe, sendo absurdo imaginar que é necessário provar a fraude nos controles para se chegar à conclusão das horas extras e, pelo que dos autos consta como prova produzida oralmente emerge a veracidade da causa de pedir na íntegra (...)" (TRT15, Rel. Luiz Felipe Bruno Lobo, RO 00867-2007-024-15-00-8, J. em 08/05/2009).

dispositivo eletrônico que acessa a Internet possui. É impossível acessar a grande rede sem possuir um endereço IP.

A crença da maioria dos operadores do Direito é que tal identificador é confiável o suficiente para que haja a responsabilização de determinado indivíduo. No entanto, existem inúmeras tecnologias existentes que contrariam tal suposição, inclusive, que são usadas a todo o momento pelas empresas que possibilitam a conexão com a Internet, sem o conhecimento do usuário.

Aparentemente, a verdade pode parecer algo fácil de conseguir, vez que, por se tratar de sistemas eletrônicos, pode-se argumentar que aquilo que está registrado é o que aconteceu, portanto é prova irrefutável do fato ocorrido, representando a verdade, não cabendo nenhum tipo de interpretação que possa levar a outra conclusão. Recorrendo novamente ao endereçamento IP como exemplo, é facilmente passível de comprovação por meio de pesquisas empíricas que ao menos cinquenta por cento dos endereços atribuídos a determinado usuário na realidade não o estão identificando corretamente. Destarte, se pode até mesmo alegar que tal “prova” seria inaceitável. No entanto, isso também seria extremamente prejudicial ao processo como um todo.

Destarte, mesmo com a apreciação das informações geradas pelos dispositivos eletrônicos, não pode o juiz ou as partes esperar que surgisse dali a verdade sobre os fatos ocorridos, o razoável, conforme já argumentado, é que haja um juízo de probabilidade, ou seja, que as provas obtidas pelos meios eletrônicos *aparentemente* demonstrem com intenso grau de certeza a realidade dos fatos que se quer provar.

Atualmente há inúmeros julgados nos quais se percebem que a decisão foi exarada sem a devida precaução com a ponderação das provas apresentadas, tomando como verdade que os sistemas eletrônicos não “mentem”, como visto inclusive no julgado do Superior Tribunal de Justiça acima citado. A gravidade se acentua na medida em que grandes empresas acabam “escapando” de condenações apresentando dados dentro do processo que não são questionados pela parte contrária ou mesmo pelo juiz, e fica assim tomado como verdade.

A tecnologia é atualizada a ritmo estonteante, não permitindo que o homem médio acompanhe a sua evolução, impossibilitando que se possa chegar a uma conclusão minimamente razoável sobre a probabilidade da prova produzida ser ao menos *aparentemente* a expressão dos fatos discutidos.

A pressão que os magistrados sofrem para julgar cada vez mais rápido e a quantidade descomunal de processos que estão sob seus cuidados são, sem dúvida, mais entraves para a correta solução processual, o que em muitos casos inviabiliza a correta produção probatória, sacrificando a elucidação dos fatos, o que representa deixar a verdade de lado, contentando-se com a mera suposição do que realmente aconteceu.

A razão, portanto, acaba ficando relegada, uma mera utopia que é buscada apenas no íntimo do sujeito cognoscente. O processo, então, acaba sendo resolvido baseado no relacionamento humano, que carrega consigo outros elementos, não apenas o conhecimento científico necessário para a solução almejada, assim as características inerentes aos sistemas tecnológicos acabam sendo ignoradas, permitindo que as provas induzam tanto o julgador quanto as partes a uma conclusão errônea sobre a realidade dos fatos, novamente, diminuindo assim a *verdade* buscada.

### **1.3 A verdade substancial não pode ser atingida dentro do processo**

É facilmente perceptível que a verdade substancial não será jamais alcançada dentro do processo, já que não há como se ter a verdade inerente que possa ser atribuída a um fato. A verdade, então, deve ser construída por meio da argumentação.

A verdade não pode ser encarada como um conceito eterno, imutável. A verdade é algo provisório, que prevalecerá apenas enquanto existir o consenso sobre o que está a se falar. Desta feita, as provas devem ser constantemente justificadas e também legitimadas, para que seja possível, a qualquer momento, verificar a manutenção do consenso a respeito dos fatos.

Destarte, as provas produzidas por meios eletrônicos e digitais, são também incapazes de retratar com a *verdade* os fatos tais quais como ocorreram, apesar de se tratar de algo inerente às ciências exatas e conceitos matemáticos, que, em tese, não estariam sujeitos às questões de subjetividade que comumente surgem com as disciplinas das ciências humanas. No entanto, em virtude de sua intangibilidade e de ser facilmente manipuláveis, é exatamente isso que se verifica, a prova eletrônica fica assim com uma carga extrema de subjetividade, necessitando ser convalidada a todo momento, posto que não há como garantir a sua certeza seja em qual ponto do tempo se houver questionamento de sua autenticidade.

Os critérios técnicos para a correta avaliação de provas eletrônicas aumentam a cada dia, dificultando a perfeita compreensão da realidade que se apresenta nos autos do processo, não raro indicando um caminho para o magistrado que está a julgar a lide que não condiz com os fatos ocorridos, o que em última análise, pode prejudicar uma das partes, haja vista que a tendência geralmente é a de se isentar o acusado caso não se tenha provas conclusivas sobre a acusação.

A resolução processual, então, parece se contentar com a “verdade possível”, uma verdade suficiente para se chegar à sentença, mas que não é suficiente para que haja a satisfação dos envolvidos, não havendo, portanto, a devida preocupação com a construção da *verdade* que seria necessária para o perfeito – ou ao menos, algo próximo – entendimento dos fatos ocorridos.

As provas eletrônicas passam por esse dilema. À primeira vista tudo o que se apresenta nos meios digitais servem como prova dos fatos, no entanto, quanto mais se faz a investigação e se aprofunda dentro dos sistemas que dão suporte aos dados digitais, se percebe que não é possível de pronto aceitar que determinadas condições ou preceitos sejam aceitos como verdadeiros, caso contrário, corre-se o risco de que a prova produzida seja fundamental para a conclusão errônea do processo.

Os meios digitais necessitam de uma atenção maior quando da sua utilização como meio probatório. Ademais, a *verdade aparente* pode, de fato, esconder o que realmente aconteceu, portanto, paradigmas antes considerados essenciais para o prosseguimento do andamento processual devem ser desfeitos, não podendo as partes se contentar com a imposição de determinadas decisões que vão de encontro com a realidade da evolução dos sistemas de informação, preceitos devem ser colocados de lado e uma pesquisa minuciosa é necessária para a correta validação da realidade que busca retratar dos fatos ocorridos para a existência da lide.

Não resta outra conclusão, por fim, a não ser que, provavelmente, a prova não consiste na descoberta da verdade, mas sim de um vislumbre da realidade dos fatos, que pode ser mais ou menos intensa de acordo com a vontade das partes e também da diligência com a qual o magistrado toca o processo. Agrava-se tal condição com os sistemas eletrônicos já que todas as informações são intangíveis, podendo ser modificadas a qualquer tempo, não havendo,

portanto, nenhuma garantia de que realmente representarão com qualquer nível de fidedignidade os fatos que ensejaram o processo.

Devem, assim, os operadores do direito se inteirarem sobre as novas tecnologias, não com o intuito de substituir peritos, mas sim para que tenham conhecimento suficiente para ao menos argumentar a respeito de que determinada prova ou conjunto probatório de fato representa a realidade dos fatos, ao menos a verdade aparente, se há uma *probabilidade* de que tudo tenha acontecido como se supõe, não ficando tudo sujeito à subjetividade e intuição do magistrado. No entanto, os magistrados dispõem de várias ferramentas para que suas decisões exarquem a justiça pretendida, quais sejam, entre outras, o livre convencimento e o ativismo judicial, cujo objetivo é facilitar que a paz social seja alcançada.

## CAPÍTULO 2 - LIVRE CONVENCIMENTO E ATIVISMO JUDICIAL

Sabe-se que o processo, por mais que as partes e o juiz assim desejem, não têm como fazer surgir a *verdade*, pois não há como penetrar na sua essência, assim, há a necessidade de se *convencer* o juiz sobre o caso em concreto para que este possa tomar a decisão correta de modo que a justiça possa se realizar. Isso significa, em outras palavras, que o juiz decidirá em favor da parte que conseguir demonstrar que seu pedido é mais verossímil.

O convencimento a ser alcançado pelo juiz fica prejudicado nos casos que envolvem tecnologia, com o agravante da evolução exponencial que ocorre todos os dias, exigindo um nível de conhecimento técnico muito profundo para, por exemplo, se poder determinar se uma prova é válida ou não, ou mesmo se realmente representa algo significativo que possa comprovar o fato alegado. O ideal seria que em todos os casos o juiz determinasse que a prova eletrônica produzida fosse periciada, mas isso é extremamente custoso e vai contra os demais princípios do processo, assim, a perícia deve ser feita nos casos inevitáveis ou a pedido das partes.

As exigências para a produção probatória podem ser reduzidas diante da dificuldade da obtenção das mesmas, facilitando a formação do convencimento do juiz de forma apropriada ao caso concreto em julgamento.

Destarte, temos as presunções judiciais, cujo objetivo é facilitar a demonstração de determinados fatos a partir da prova estabelecida de outros, permitindo que se faça a dedução por meio do raciocínio judicial. A presunção não tem previsão legal, portanto depende fortemente das circunstâncias enfrentadas no caso concreto.

Marinoni e Arenhart ensinam:

Em outras palavras, a presunção judicial resulta da dificuldade de produção da prova do fato direto e das necessidades do direito material, constituindo mais uma técnica de facilitação da prova. As presunções judiciais permitem a formação do convencimento judicial segundo as necessidades do caso concreto. Nesse sentido, é possível dizer, na linha de Musielak, que a presunção judicial faz com que o juiz se convença da “verossimilhança preponderante”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., Op. Cit., p. 47.

Conforme se denota, é importante ter uma forma de atribuir um grau de confiabilidade à presunção, que se baseará na convicção da procedência da prova. A presunção só pode ser obtida quando aquele que está fazendo a análise necessária possui experiência suficiente para tanto, permitindo que um raciocínio lógico se forme, ou seja, quanto maior for a experiência, maior força terá a presunção.

As provas eletrônicas constituem um desafio a mais aos magistrados, vez que mesmo tendo grande experiência com equipamentos digitais ou com o uso da Internet e os serviços que oferece muito provavelmente não se terá o conhecimento necessário do funcionamento das tecnologias por trás de tudo o que acontece, haja vista não ser necessário para o funcionamento correto e o bom uso dos recursos disponíveis.

O convencimento judicial deve se pautar e considerar a causalidade vislumbrando a possibilidade do pleno esclarecimento. Quando a possibilidade em questão não puder ser plena, é impossível a exigência de uma convicção de certeza, assim, neste caso, bastará a verossimilhança. Afinal, do contrário, não seria possível dar a tutela jurisdicional ao direito material.

Pode-se inferir que o convencimento do juiz também traz consequências desastrosas ao processo, nos casos em que a regra de experiência adotada como fundamentação para a aceitação e valoração da prova podem, na verdade, se mostrarem estar erradas para determinada situação, o que leva ao julgamento de forma injusta da lide.

Juntamente com esta questão há o ativismo judicial, que pode ser definido como uma ampliação dos poderes dos magistrados, com maior liberdade para interpretar questões que estão relacionadas ao texto constitucional, inclusive suprindo eventuais lacunas existentes na carta magna, sempre no intuito de seguir à risca o espírito com o qual a constituição foi redigida.

Vanice Regina Lírio do Valle, na obra “Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal”, ensina:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada

qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos<sup>22</sup>.

Luis Roberto Barroso coloca o ativismo judicial como uma atitude, uma escolha do juiz na maneira de interpretar a constituição, servindo para expandir seu sentido e alcance:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público<sup>23</sup>.

Os magistrados conseguem por meio de o ativismo exercer uma maior proteção dos princípios constitucionais, por meio do controle das omissões e excessos dos demais poderes. O foco na discussão abordada é justamente a produção probatória relativa às provas eletrônicas e o ativismo praticado pelos magistrados em virtude de ainda não haver no Brasil leis claras sobre como estas devem ser produzidas, gerando assim uma gama muito ampla de decisões em vários sentidos, deixando as peculiaridades técnicas inerentes ao mundo virtual de lado, em virtude de os envolvidos pensarem que seu conhecimento é suficiente ou mesmo por não compreenderem como funcionam os meandros da tecnologia envolvida, o que leva, em muitos casos, a decisões equivocadas.

## **2.1 Convencimento e ativismo e as provas eletrônicas: uma crítica ao modelo de produção de provas**

Todas as decisões judiciais devem ter a motivação apropriada, fundamentada, cuja previsão reside na Constituição Federal, que reforça o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

---

<sup>22</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 21/01/2012.

A fundamentação de qualquer decisão judicial podendo ser sentença, acórdão ou mesmo uma decisão interlocutória, é, na verdade, a exposição da atividade intelectual do magistrado, com base na lógica diante do caso concreto.

Nelson Nery conceitua o ato de fundamentar:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação<sup>24</sup>.

Destarte, o juiz goza de liberdade para exarar seu julgamento, apreciando livremente as provas constantes dos autos para formar sua convicção, desde que fundamente todas as suas decisões, vez que se trata de um ditame de cunho constitucional que serve para a manutenção da segurança jurídica, e também ao estado democrático de direito.

Como o nosso ordenamento jurídico não prevê a valorização das provas, o juiz não está atrelado a nenhuma delas, garantindo assim que possa emitir sua decisão de acordo com sua própria convicção diante da conclusão a que chegar da análise do conjunto probatório ao qual se formou no julgamento da lide no caso concreto.

O sistema do livre convencimento motivado é de importância fundamental para o pleno julgamento da lide, conforme análise do professor Humberto Theodoro Jr.:

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. ed. 8. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004. p. 215.

<sup>25</sup> THEODORO JÚNIOR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento, ed. 50, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 415-416.

O Código de Processo Civil em seu artigo 131 e também no artigo 458 determinam que deve haver a indicação na sentença dos motivos que lhe formaram o convencimento<sup>26</sup>.

Percebe-se, então, que não há nenhum impedimento legal para qualquer decisão do magistrado, devendo apenas ter o embasamento legal necessário, mas que pode e deve ser feita mediante a sua convicção do que de fato aconteceu no caso concreto, ou seja, as provas são imprescindíveis para a efetivação da Justiça.

Há que se trazer a baila, neste momento, o ativismo judicial, o qual se deve entender como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Pode-se até mesmo falar em *criação judicial do direito*, no qual os juízes transformam o direito legislado (que se extrai das decisões), em direito aplicado ou interpretado, com o objetivo de que a justiça seja realizada em sentido material.

Para melhor compreensão da presente abordagem, necessário se faz a leitura do julgado a seguir.

Ação civil pública ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Google Brasil Internet Limitada. Defiro os efeitos da antecipação de tutela para que o réu: a) mantenha IP de criação de qualquer comunidade ou perfil e conserve registros periódicos de “log” das comunidades; b) crie e mantenha sistemas aptos a identificar existência de perfis, comunidades ou páginas dedicados à pedofilia, interrompendo imediatamente seu funcionamento, comunicando tal fato imediatamente ao Estado e preservando, por um ano, os “logs” realizados até então; c) crie e mantenha sistemas aptos a identificar (em especial por meio de ferramenta que busque palavras constantes de lista a ser fornecida e atualizada pelo Estado) existência de perfis, comunidades ou páginas dedicadas à apologia ao crime, inclusive de marcação de brigas/rixas entre torcidas de agremiações esportivas rivais, comunicando a existência ou suspeita de existência imediatamente ao Estado, viabilizando ao Estado o acesso pleno ao respectivo conteúdo, preservando, por um ano, os “logs” realizados e interrompendo seu funcionamento ou limitando seu acesso, caso assim seja determinado pelo Estado; d) crie e mantenha sistemas e canais que permitam a qualquer usuário devidamente identificado, que tenha sido diretamente ofendido por conteúdo veiculado em perfis, páginas ou comunidades, requerer a supressão de tal conteúdo; e) promova campanha midiática a ser realizada na própria página do Orkut com o objetivo de alertar pais e responsáveis acerca dos riscos de utilização da rede mundial de computadores, e, em especial, do Orkut, fixando em 120 dias o prazo para a implementação de tais medidas, sob pena da incidência de multa diária

<sup>26</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

no valor de R\$50.000,00. Juíza Simone Lopes da Costa, da 10ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, processo número 0228160-97.2010.8.19.0001.

Conforme se observa, a magistrada ordena que sejam armazenados os dados de modo que se possam identificar as pessoas que estão a cometer crimes dentro do site de relacionamentos denominado Orkut, cujo proprietário é o Google, e também que desenvolva os mecanismos adequados para que qualquer conteúdo impróprio seja imediatamente retirado de circulação, cujo objetivo é impedir que a situação se perpetuasse, tendo um alcance ainda maior diante de outros usuários do serviço.

Não existe na legislação pátria nenhum regramento específico sobre como se faz as provas que envolvem tecnologia. Assim, há uma profusão de decisões judiciais a respeito do tema, em praticamente todos os sentidos, mas o agravante é que recentemente o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão dizendo que o Google não é responsável pelo que acontece dentro de suas páginas e que o simples armazenamento de endereço IP é suficiente para configurar a autoria. Vejamos:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

Neste julgado do Superior Tribunal de Justiça, já há um entendimento totalmente diverso do anteriormente citado. Aqui, o simples armazenamento do endereço IP já serve como prova suficiente, segundo entendimento do tribunal, para a correta identificação do usuário da Internet que esteja cometendo algum ato ilícito.

No primeiro caso, a magistrada do Rio de Janeiro entendeu não ser suficiente o endereço IP para a correta identificação do usuário da Internet e, conseqüentemente, os atos por este praticados, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento totalmente contrário. O problema aqui enfrentado é, como definir qual o tipo de prova é suficiente para que se possa atender os desejos de ambas as partes dentro do processo e que também seja possível jurídica e tecnicamente, principalmente para atender as exigências constitucionais e processuais, de modo que os magistrados envolvidos com a questão possam se convencer de que tudo já está esclarecido, exarando assim a correta decisão, sem se configurar abuso de qualquer tipo ou mesmo exigir que o provedor de conteúdo necessite realizar tarefas que onerariam por demais o serviço prestado chegando ao ponto de inviabilizar o negócio como um todo.

O ordenamento jurídico pátrio já deveria ter uma lei, para as empresas que trabalham com Internet, que determinasse os métodos que seriam utilizados para identificar corretamente os usuários, já que não há a possibilidade de anonimato, vedado expressamente pela Constituição Federal, salientando, inclusive, que não é possível que apenas o endereço IP seja meio idôneo e suficiente para a correta identificação, e também um prazo mínimo que essas informações ficassem armazenadas por essas empresas para serem usadas em casos nos quais fossem requisitadas para o devido deslinde de um provável processo judicial.

O livre convencimento do juiz<sup>28</sup> dá a ele a flexibilidade desejada e necessária para que possa estudar o caso concreto e todas as provas apresentadas e assim e chegar à conclusão que a sua consciência assim ordenar, desde que ao exarar sua decisão fundamente adequadamente

---

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

<sup>28</sup> O Código de Processo Civil autoriza expressamente o livre convencimento, conforme se observa:

Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

todos os pontos com os quais formou sua opinião, de modo que todas as partes envolvidas no processo possam entender a lógica seguida e tenham assim a sensação de que a justiça foi realizada, mesmo para aqueles que eventualmente não obtenham êxito em suas pretensões.

A interpretação rápida e superficial deste princípio poderia nos levar a crer que é entregue demasiado poder nas mãos dos magistrados, o que permitiria que este fosse arbitrário e parcial em suas decisões, já que as próprias normas lhe permite formar seu convencimento livremente, de acordo com sua consciência.

No entanto, como ensina Humberto Theodoro Júnior, “(...) a finalidade do processo é a justa composição do litígio e esta só pode ser alcançada quando se baseie na verdade real ou material, e não na presumida por prévios padrões de avaliação dos elementos probatórios”<sup>29</sup>, isto é, o processo e o magistrado têm como um de seus objetivos a realização da justiça e, para tanto, o juiz deverá ser sujeito ativo do processo, podendo requerer de ofício as provas que julgar necessárias, dessa maneira não se tornará omissor e também não fará papel de mero espectador.

O magistrado pode decidir até mesmo em sentido contrário ao que foi apresentado por meio de laudo pericial<sup>30</sup>, desde que as demais provas que estejam dentro dos autos permitam a devida ilação da resolução, não só por parte do magistrado, mas também pelas demais partes, que são os maiores interessados.

A Emenda Constitucional 45/04 veio corroborar esse entendimento, no entanto, determinando a necessidade da devida fundamentação de todas as decisões, com a alteração do artigo 93 da Constituição Federal<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.1, p.38.

<sup>30</sup> Nem mesmo o laudo pericial vincula o magistrado, conforme preleciona o Código de Processo Civil: Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

<sup>31</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nesse sentido, temos os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgredir a noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de

Ademais, é importante lembrar que os magistrados gozam de benesses constitucionais que têm como objetivo garantir a independência da instituição e também da atuação no dia a dia, conforme salienta Michel Temer:

Já dissemos, reiteradamente, que as garantias conferidas aos juízes visam a conferir independência à instituição a que pertencem. Os predicamentos da Magistratura não se caracterizam como privilégio dos magistrados, mas como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência do Judiciário<sup>32</sup>.

A exigência da fundamentação das decisões exaradas pelos magistrados não é um simples capricho jurídico, é a imposição consagrada e inscrita na Carta Magna, tratando-se de uma garantia poderosa de que não haverá excessos do Estado-juiz, vez que como é algo imprescindível a qualquer ato sentencial, trata-se na verdade de uma limitação dos poderes dos magistrados e também dos Tribunais, não os sendo permitido tomar qualquer tipo de decisão sem que haja a lógica devida condizente com o que estipula a lei.

O livre convencimento, no entanto, pode ser usado como a motivação necessária para que o magistrado exerça o ativismo judicial, justamente nos casos nos quais não há previsão legal para que possa embasar e fundamentar corretamente aquilo que sua consciência lhe diz ser o mais correto para a solução do caso concreto.

No caso da produção probatória, é praticamente impossível determinar com certeza se está ou não havendo o ativismo judicial, pois qualquer fato que necessite de comprovação pode ter uma determinada peculiaridade que o tornará único se comparado com qualquer outro.

---

pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidir, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.” (RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.).

“Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do STM. A garantia constitucional estatuída no art 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados.” (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, DJE de 2-5-2008.) No mesmo sentido: RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, DJE de 20-2-2009, com repercussão geral.

<sup>32</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 19ª ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. Malheiros Editores: São Paulo. 2004, p. 174.

Com as evidências e provas eletrônicas a situação é ainda mais difícil e preocupante, vez que a imensa maioria dos magistrados não possui o conhecimento mínimo adequado para saber se uma determinada prova realmente representa o fato que está tentando se provar, o que também dificultará a interpretação de um possível laudo pericial sobre o assunto. O cúmulo a que se chega com essa questão são os casos nos quais os envolvidos acreditam que têm o conhecimento necessário para avaliar as provas eletrônicas, pois já trabalham no dia a dia com equipamentos eletrônicos e também usam a Internet constantemente. No entanto, por um motivo qualquer que seja, não sabem como funcionam as “entranhas” dos sistemas envolvidos, assim, devido a efemeridade e também em virtude de que os dados digitais são intangíveis e de fácil manipulação e adulteração, há uma preocupação razoável a se ter sobre o entendimento no qual o juízo emitirá sua decisão, pois a possibilidade de ser contrária ao que realmente aconteceu é grande.

Um dos objetivos do processo é solucionar a lide buscando a verdade real, sendo que nessa busca haverá também a participação do magistrado, não só a efetiva participação das partes, pois todos os envolvidos têm o dever de contribuir com a produção probatória com a finalidade de que os fatos sejam aclarados permitindo que o magistrado tenha condições proferir a sentença da forma mais justa possível.

O magistrado pode, inclusive, colher provas pessoalmente, se assim desejar e tiver a convicção de que será vital para o correto deslinde processual<sup>33</sup>.

Como não é possível esperar que o magistrado tenha conhecimento universal, é necessário que nos casos que envolvam tecnologia um perito seja acionado de forma a que a verdade real apareça e não restem dúvidas sobre o acontecido. No entanto, para que a interpretação das provas e também do laudo pericial não levem a uma decisão equivocada, é necessário que ao menos se saiba realizar os quesitos corretos para que o perito responda com objetividade e clareza, informando nos autos do processo tudo o que foi apurado de maneira

---

<sup>33</sup> Conforme se pode ver pelos julgados:

Da mesma forma a argumentação segundo a colheita de provas feita pessoalmente pelo juiz compromete sua imparcialidade não merece prosperar. Colhê-las não implica valorá-las, o que há de ser feito de forma fundamentada e após o contraditório. Não antecipa a formação de um juízo condenatório do mesmo modo como não o antecipa a decretação da prisão preventiva ou temporária. (STF – ADIN nº 1517-UF – HC nº 74826 - SP – Min. Rel. Mauricio Correa – 15/05/1997 – Informativo 71 – STF).

O juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório (RSTJ – 129/359 – 4ª Turma – REsp nº 215.247).

que a todos seja possível estabelecer um raciocínio lógico do andamento processual e assim a conclusão será óbvia.

O magistrado pode desconsiderar provas de alto grau de precisão e tecnologia para formar seu convencimento a respeito de um fato, aliás, essa é uma possibilidade muito grande principalmente quando a prova em questão envolver algo que não seja totalmente compreensível por pessoas que não estão habituadas ao mundo virtual ou equipamentos eletrônicos. Por não estarem “habituadas”, deve-se entender que não possuem o conhecimento adequado para conhecer além da superfície, ou seja, não basta ser mero usuário da tecnologia, principalmente nos dias atuais nos quais os equipamentos e programas são desenvolvidos visando essencialmente o conforto de sua utilização, praticamente não exigindo mais nenhum tipo de conhecimento por parte de quem está utilizando o sistema. O conhecimento técnico mais profundo, sem a necessidade de ser um especialista, deveria ser item, não obrigatório, mas exigível de todos os magistrados, vez que para formar sua convicção a respeito de determinado assunto que envolva tecnologia, sem ter o conhecimento apropriado, ficarão à mercê daqueles que conseguirem ter uma melhor explicação sobre o conjunto probatório.

O ativismo judicial, para ser exercido, portanto, carece de provas muito bem elaboradas dentro do processo, de modo que deem ao juiz a possibilidade de exarar uma decisão mais condizente com a justiça, mesmo que para isso signifique inovar algo que não esteja previsto em lei.

O juiz busca dentro do processo um direito judicial, que não esteja submisso – ou menos submisso – às leis, doutrinas e convenções conceituadas. Os que são favoráveis ao ativismo comentam que isso nada mais é do que a evolução social, política e também cultural de nosso tempo. O juiz está assim interpretando a realidade do momento atual de acordo com suas convicções para proferir suas decisões. Por essa razão, o ativismo judicial é bem visto principalmente quando utilizado para suprir os casos da omissão do Congresso Nacional.

Ora, o cidadão abdica de parte de sua liberdade em prol do Estado, não um qualquer, mas um Estado Democrático de Direito, esperando obter um convívio harmônico, pacífico e respeitoso com toda a sociedade. O Estado de Direito, portanto, existe para servir a pessoa, o cidadão e a sociedade.

É nesse contexto que o ativismo se mostra essencial para que determinados processos possam ser julgados com a justiça que se espera dos magistrados, vez que nem sempre se

pode ficar acorrentado às normas, seguindo um modelo predeterminado sem levar em consideração as circunstâncias nas quais os envolvidos estão vivenciando.

## **2.2 Convencimento e ativismo: imprescindíveis**

O Direito não tem como prever toda e qualquer evolução da sociedade, principalmente no campo das invenções tecnológicas, no mundo virtual e também na Internet.

Nem por isso se pode deixar de lado que os problemas existem e assim o Judiciário vir a se negar a resolvê-los, pelo contrário, como não existe essa possibilidade, os magistrados têm que lidar com a situação que lhes é imposta da melhor maneira possível, mesmo que não exista uma legislação adequada para o caso concreto que se apresenta.

O convencimento motivado do juiz se mostra importante, não só, mas essencialmente, nestes casos, pois sem uma lei que lhe dê o devido norte para saber como proceder em tais situações, sua convicção será primordial para que seja feita a justiça nos moldes que as partes esperam desse dever do Estado.

As provas eletrônicas precisam ser examinadas minuciosamente, de preferência por perito nomeado pelo juízo, como forma de se obter o máximo da verdade que se possa extrair dos fatos apresentados nos autos. Há que se tomar cuidado com os dados relativos à parte técnica que envolve tecnologia, pois estes se apresentam em várias camadas, sendo a superficial aquilo que todos os usuários veem, sem praticamente nenhuma informação do que realmente está circulando dentro do ambiente virtual, o que impossibilita, na ampla maioria das vezes, que tais informações sejam usadas como prova de determinados fatos, vez que são facilmente adulteráveis, não gozando de muita credibilidade. É essencial que dentro do processo estejam também informações sobre as tecnicidades inerentes aos meios tecnológicos, pois assim, mesmo que os magistrados que estejam lidando com a questão não saibam exatamente o que tais informações significam, terão melhores condições de poder definir uma solução mais justa para o caso concreto.

O convencimento motivado do juiz passa por várias fases, mas, de toda maneira, deve sempre possuir lógica suficiente para que se chegue à conclusão adequada para solução justa da lide. Ainda, isso deve ser feito de modo claro para que todos as partes também se sintam satisfeitas com a solução apresentada, o que, por certo, significa que também há o dever do

magistrado seguir as normas contidas no ordenamento jurídico, não podendo simplesmente ignorar qualquer lei para apenas adequar a sua decisão à lógica imposta para a solução.

O ativismo judicial se mostra um poderoso recurso que os magistrados dispõem para poder dar certa elasticidade à Justiça como um todo, suprindo as lacunas existentes na lei e julgando os casos de acordo com os acontecimentos sociais vigentes à época das decisões.

Para que a decisão, exercida com ativismo judicial, não seja contestada, deve ela ser fortemente baseada nos fatos apresentados e, portanto, nas provas que foram produzidas dentro do processo, com o cuidado necessário para que todas as informações possíveis tenham sido trazidas em juízo de forma a possibilitar, mesmo que contendo informações extremamente técnicas – as quais não se exige que o magistrado tenha conhecimento – o convencimento do juiz.

Assim, com a explosão que estamos vivendo da tecnologia, que deve aumentar nos próximos anos, o Direito, bem como os magistrados, devem estar atentos a todas as mudanças que estão ocorrendo, procurando servir a sociedade da melhor maneira possível. Os magistrados, que possuem liberdade para exarar suas decisões de acordo com suas convicções e, por conseguinte, por seus convencimentos, devem procurar se atualizar com as questões tecnológicas, não dependendo somente do que as partes trazem aos autos ou mesmo por meio do laudo pericial para obter o conhecimento sobre determinado assunto, mesmo que básico, vez que essa falta pode acabar prejudicando o bom andamento processual e também a correta solução da lide, o que significa que pode-se ter uma sentença que não exercerá sua função principal, que é efetivar a Justiça.

O ativismo é ferramenta importante nesse aspecto, pois retiram do magistrado as amarras com as quais ele não poderia levar a decisão a um patamar além do que a norma impõe, ou mesmo suprindo eventuais lacunas da lei.

Mesmo com tais facilidades a mais com as quais os magistrados podem contar, é imprescindível que se tenha conhecimento, mesmo que mínimo, da tecnologia e seus aspectos, assim, mesmo que necessário se faça a utilização de perito, os quesitos serão formulados com mais facilidade e objetividade e, por conseguinte, se chegará com mais celeridade à solução da lide.

## CAPÍTULO 3 - PROVAS DIGITAIS: ARQUIVOS DIGITAIS

### 3.1 As provas digitais ou eletrônicas no ordenamento jurídico

A Constituição Federal pátria não veda a utilização de provas digitais, conclusão a que se chega pelos princípios da ampla defesa e da proibição da prova obtida ilicitamente<sup>34</sup>.

Em análise do texto constitucional fica evidente que não existe a possibilidade da proibição da utilização de arquivos digitais dentro de um processo, caso contrário haveria nítida desobediência ao princípio da ampla defesa, além do mais, não pode o Direito ir de encontro aos avanços tecnológicos, haja vista que estes na verdade sempre vêm ao auxílio daquele, possibilitando que as lides sejam resolvidas de forma mais célere e justa ao utilizar dos novos recursos eletrônicos disponíveis.

Ademais, como qualquer outro tipo de prova, deve o juiz cuidar de que não sejam utilizadas no processo provas ilícitas, sendo que as produzidas por meios digitais ou eletrônicos possuem características distintas das de outros meios, no entanto, obedecem aos mesmos ritos impostos por nossas normas, principalmente constitucionais, e estão igualmente suscetíveis ao exame pericial para a confirmação de sua legitimidade.

Some-se a isso o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que, em breve síntese, significa que o magistrado está livre para solucionar uma lide da forma que lhe melhor parecer adequada, conforme estiver convencido, obviamente, guiando-se pelos limites impostos pelas normas legais, e por fim, motivando sua decisão.

Ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436)<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

<sup>35</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

Conforme a tese exposta é ampla a possibilidade de o juiz decidir conforme seu convencimento, atribuindo valor às provas com total liberdade e, inclusive, interpretando o ordenamento jurídico vigente em sua totalidade de forma meticulosa.

O juiz, desse modo, deve aceitar os arquivos digitais dentro do processo para não desobedecer a Constituição Federal, socorrendo-se de perícia especializada quando colocado em dúvida a autenticidade ou originalidade da prova produzida, sendo que também deve estar atento aos meios ilícitos com os quais podem ser obtidas.

### **3.2 Fotografia digital**

Vivemos atualmente uma explosão de dispositivos digitais, uma evolução eletrônica sem precedentes na história, elevando as possibilidades de interação entre as pessoas e as formas de comunicação. Entre as inúmeras possibilidades que temos à nossa disposição nos dias atuais, está a foto digital, que diferentemente de há pouco tempo, não é mais necessário possuir uma câmera digital para se obtê-las, pois os recursos necessários já estão disponíveis em inúmeros dispositivos eletrônicos, tocadores de mídias digitais, *tablets*, *notebooks*, *netbooks*, *webcams*, entre outros. A verdade é que a fotografia digital hoje em dia está ao alcance de praticamente qualquer pessoa, facilitando a imortalização de momentos do cotidiano com custo praticamente zero. Sem dúvida isso cria uma profusão de imagens disponíveis em vários níveis de interação entre as pessoas, principalmente com a Internet, e-mail e outros meios de comunicação instantânea, não esquecendo ainda das redes sociais, como Orkut e Facebook. Infelizmente, junto com os benefícios inerentes à tecnologia, existem as pessoas que usam o seu conhecimento para a realização de ilícitos. Dentre os vários que se podem citar, estão a divulgação de imagens sem o conhecimento e consentimento da pessoa envolvida e adulteração, com o intuito de denegrir a imagem de alguém.

Antigamente eram necessários conhecimentos profundos para a realização de alterações em arquivos digitais, principalmente de imagens, conjuntamente com programas complexos, caros e de difícil manejo, sendo que os computadores também deveriam ser de

---

CPC, Art. 131 O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

CPC, Art. 436 O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

uma configuração robusta o suficiente para que tivessem capacidade de executar todas as tarefas necessárias. Hoje a realidade é outra. O poder de processamento dos computadores atuais já é suficiente para realizar tarefas antes impensáveis, também, o preço e complexidade dos programas diminuíram significativamente. Processos antes de difícil execução, como a retirada de uma pessoa de uma fotografia, hoje é feito com apenas dois passos com a utilização de programas de edição de imagens apropriado. Assim, é evidente que para alguns, a autenticidade de fotografias digitais é altamente questionável, sendo que estes simplesmente partem do princípio de não aceitarem esse tipo de imagem como prova.

Na verdade, a fotografia digital demanda cuidados extras, que normalmente não veríamos com as fotos “normais”, que utilizam negativo como fonte primária, uma vez que também permitem adulterações, no entanto, para que isso seja feito são necessários profissionais altamente treinados e qualificados, horas e horas de trabalho pesado a custo relativamente alto, mesmo nos dias atuais. Esses cuidados são relativos às questões da originalidade, autenticidade e outras características que façam com que a fotografia digital seja aceita como prova de forma incontestável, permitindo a justa solução e elucidação do processo.

Para que o operador do Direito possa saber com exatidão o que pode e deve ser feito para identificar uma fotografia digital como autêntica, é necessário recorrer à ciência que estuda a Informática como um todo, esmiuçando as características técnicas inerentes aos arquivos digitais envolvidos na questão, bem como também o entendimento de como funcionam determinados programas que manipulam tais imagens, além de outros criados especificamente para reconhecer adulterações, facilitando sobremaneira o trabalho dos peritos e outras pessoas que buscam a verificação para evitar dúvidas.

Neste trabalho não temos a pretensão de esgotar o assunto, no entanto, buscamos oferecer ao leitor embasamento suficiente para a compreensão da utilização da fotografia digital como prova, os meios adequados para a comprovação de autenticidade e a utilização de programas específicos, adentrando dentro de uma seara técnica não muito comum a quem trabalha com o Direito, mas essencial àqueles que querem ter o conhecimento necessário para trabalhar adequadamente com o Direito Digital.

O atual Código Civil passou a adotar o princípio da verdade documental, ou seja, todo documento é verdadeiro até que se prove o contrário. Conforme se depreende da leitura da

norma transcrita, se a parte contra quem foi exibida a fotografia não impugná-la, não pode o juiz determiná-la como inválida e deve aceitá-la dentro do processo<sup>36</sup>.

Apesar de não haver previsão expressa, da utilização de fotografia digital como prova, ao contrário, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil aceitam totalmente a sua utilização, sendo necessário apenas que se faça a coleta e guarda de forma correta, de modo que se evite ter a autenticidade e integridade contestada e, principalmente, evitar que sejam obtidas de forma ilícita, de forma que não se contrarie a Constituição e outros preceitos legais. Pode-se dizer então que o preconceito é o único óbice à utilização da fotografia digital dentro do processo nos dias atuais, pois muitas pessoas ainda têm medo do que representa os arquivos digitais, pois não têm compreensão total de como é o funcionamento de sistemas computacionais, não sabendo determinar qual a extensão possível para a adulteração de tais arquivos, como detectar se isso ocorreu ou mesmo a quem recorrer de forma a se obter as informações necessárias para estabelecer de forma incontestada a autenticidade e integridade do mesmo<sup>37</sup>.

O Código de Processo Penal também possibilita o uso de fotografias digitais, sendo que não há impedimento legal para a utilização de fotografias digitais em processos penais, novamente, devendo-se observar os princípios constitucionais quanto aos meios pelos quais tais foram obtidas, não se permitindo em hipótese alguma a utilização das ilícitas<sup>38</sup>.

A CLT trata da produção de provas no processo trabalhista do artigo 818 ao 830, sendo feito de forma exemplificativa e superficial, sendo omissa sobre a previsão expressa dos meios admissíveis, embora o faça relativo ao interrogatório das partes (art. 818),

---

<sup>36</sup> Diz o artigo 225 do Código Civil:

As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

<sup>37</sup> O Código de Processo Civil também nos orienta com vários artigos:

Art. 154 - Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

<sup>38</sup> Art. 231 - Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232 - Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

confissão (art. 844) e documental (art. 787 e 830). É imprescindível, assim, a utilização do artigo 769<sup>39</sup>, que trata dos casos omissos pela legislação trabalhista.

Como se percebe, a CLT não fala especificamente sobre a produção de provas por meio de fotos, muito menos de sua versão digital, assim, há omissão da lei processual trabalhista, devendo o Código de Processo Civil ser aplicado de forma subsidiária, desde que não incompatível.

Ocorre, conforme já visto, que o Código de Processo Civil também não trata especificamente da fotografia digital, o que, aparentemente, abre um dilema. No entanto, devemos nos socorrer da norma inscrita no Código Civil, no artigo 225, já citado alhures, que permite a utilização desse meio de prova, incumbindo à parte contrária que faça a impugnação desta na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos.

Ademais, a CLT também adotou o sistema da persuasão racional do juiz, ou o princípio do livre convencimento motivado<sup>40</sup>.

Infere-se do dispositivo supracitado que por meio da *apreciação das provas e os fundamentos da decisão*, pode o juiz aceitar a fotografia digital dentro do processo e também utilizá-la para seu convencimento, bastando que fundamente sua decisão, e claro, que esta seja lícita e seja permitida à parte contrária a ampla defesa e contraditório.

Conforme apresentado, deve-se levar em consideração o artigo 225 do Código Civil sobre as demais normas, pois este é mais recente, devendo prevalecer, só restando a conclusão que a fotografia digital é admissível processualmente e não requer a apresentação de negativo, porém, continua suscetível quanto a impugnação de sua exatidão.

Dessa forma, como a foto apresentada dentro do processo não conterà negativo, uma vez que esta é digital, o ônus da prova recai sobre quem a apresentou, devendo este demonstrar a autenticidade e integridade desta.

Nesse sentido, nos ensina MARINONI e ARENHART:

---

<sup>39</sup> Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

<sup>40</sup> Art. 832. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Em havendo a aquiescência da conformidade entre a fotografia e a realidade retratada (por todos os sujeitos processuais principais), mesmo que ausente o negativo fotográfico, há que se reputar que os fatos e coisas registrados ocorreram de acordo com o que consta no documento. Somente se houver por parte de qualquer um dos sujeitos do processo (partes ou juiz), impugnação quanto à conformidade entre o reproduzido na fotografia e o efetivamente ocorrido é que será necessário instaurar um incidente processual, de verificação de conformidade. (...) Todavia, não resta dúvida que a não apresentação do negativo, por si só, não basta para negar eficácia probatória à fotografia, devendo haver razões fundadas que possam indicar a falsificação do registro fotográfico apresentado. (...) Caso contrário, estando o registro fotográfico desacompanhado do negativo, esse ônus recairá sobre a parte que apresentou a fotografia, competindo a ela demonstrar que não há nenhum vício na prova<sup>41</sup>.

Importante se destacar a ponderação que nos ensinam os doutrinadores, no sentido de que se a fotografia digital corrobora com a realidade dos autos, deve-se reputar que os fatos ocorreram conforme consta nesta. Fica demonstrado assim, mais uma vez, que o livre convencimento motivado do juiz é sem dúvida um princípio que deve ser constantemente observado dentro do processo, de modo que não sejam privadas às partes a utilização de nenhum tipo de provas possíveis e moralmente admissíveis.

Apesar de ser pouco enfrentado em nossos tribunais, temos algumas decisões sobre o uso de fotografia digital, que normalmente aceitam a sua utilização em conjunto com as demais provas apresentadas, o que sem dúvida deixa claro que não há óbices por parte dos magistrados no uso da tecnologia<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. Op. Cit., p. 640.

<sup>42</sup> Conforme se pode ver pelos julgados:

Ementa: “PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 241 DO ECA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM PORNOGRÁFICA DE MENOR. 1. Comprovada a divulgação de foto de menor pela Internet, contendo cena pornográfica, por perícia médica e de imagem digital, configura-se o tipo subsumido no art. 241 da Lei 8.069/90.” TRF 4ª Região 7ª Turma - ACR nº 9342/RS – Relator: Juiz Vladimir Freitas - DJU de 10/07/2002, p. 498.

Ementa: “CRIMINAL. RESP. PUBLICAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE VIA INTERNET... ANÁLISE DOS TERMOS PUBLICAR E DIVULGAR. IDENTIFICAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE. ECA. DESTINATÁRIOS. CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO UM TODO... V. Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a tipicidade da conduta dos réus, sob o fundamento de que o ato de divulgar não é sinônimo de publicar, pois "nem todo aquele que divulga, publica", entendendo que os réus divulgavam o material, "de forma restrita, em comunicação pessoal, utilizando a internet", concluindo que não estariam, desta forma, publicando as imagens. VI. Se os recorridos trocaram fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes através da internet, resta caracterizada a conduta descrita no tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas, portanto. STJ 5ª Turma - RESP 617221/RJ – Rel.: Min. Gilson Dipp – DJU de 09.02.2005, p. 214.

O direito comparado também nos traz várias informações valiosas sobre a aceitação da fotografia digital em tribunais em outros países. Especificamente, nos Estados Unidos, que são reconhecidamente mais afetos à tecnologia, o tema é enfrentado desde o começo do surgimento dos equipamentos tecnológicos para a captura digital, sendo amplamente aceita a fotografia digital<sup>43</sup>.

Como podemos notar, não é só nos tribunais nacionais que a fotografia digital vem sendo aceita, com a devida cautela que esse meio de prova exige, mas também fica patente

---

Ementa: “DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE OBRA ARTÍSTICA. CONTRAFAÇÃO. PROVA EFETIVA DE TITULARIDADE DE DIREITO AUTORAL. O negativo a que se refere a lei anterior não é a única forma de produção de obra fotográfica à vista da evolução da tecnologia, já se reconhecendo sua feitura por slides ou impressão digital. Desnecessidade de indicação de valor certo e determinado referente aos danos pleiteados.” Revista de Direito do TJERJ 43/253. TJRJ, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 1999.001.15076. Rel. Des. Roberto Wider. Julgado em 07/12/1999.

Ementa: “AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS DE TRÂNSITO - EXCESSO DE VELOCIDADE - LAVRATURA DO AUTO INFRACIONAL COM BASE EM INFORMAÇÃO ELETRÔNICA - CERCEIO DE DEFESA - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO, UNÂNIME. Legítimo e legal o uso, pela administração pública, de aparelhagem eletrônica para, no trânsito, fiscalizar e justificar a imposição de multas sobre a velocidade. A tecnologia, nesse caso, desempenha fundamental papel, coibindo abusos no crescente tráfego de veículos.” TJDF 1ª Turma Cível – APC nº 20020111131510 – Rel.: Des. Eduardo de Moraes Oliveira – DJU de 24/02/2005, p 31.

Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. REGISTRADAS POR EQUIPAMENTO ELETRÔNICO. FOTOSSENSOR. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO PELO INMETRO. OFENSA ÀS RESOLUÇÕES 795/95, 801/95 E 23/98, DO CONTRAN. FOTOGRAFIAS QUE NÃO RETRATAM, COM FIDELIDADE, A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DE AVANÇO DE SINAL VERMELHO. ART. 208 DO CTB. INSUFICIÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA . SEGURANÇA CONCEDIDA. A infração e respectiva autuação de trânsito referente ao avanço de sinal fechado, constatada por fotossensor, não é válida se este não foi aferido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade (INMETRO) ou por entidade credenciada pelo órgão máximo executivo de trânsito da União.” TJMS Apelação Cível nº 2001.003865-2/0000-00 – Rel.: Des. Nildo de Carvalho. Julgado 10.09.01.

<sup>43</sup> State of Washington vs. Eric Hayden, 1995: A homicide case was taken through a Kelly-Frye hearing in which the defense specifically objected on the grounds that the digital images were manipulated. The court authorized the use of digital imaging and the defendant was found guilty. In 1998 the Appellate Court upheld the case on appeal.

Tradução livre: Estado de Washington contra Eric Hayden, 1995: Um caso de homicídio levando à audiência preliminar na qual o advogado contestou especificamente em razão das imagens digitais terem sido manipuladas. A Corte autorizou o uso das imagens digitais e o réu foi considerado culpado. Em 1998, o Tribunal de Apelação confirmou o caso em segunda instância.

State of California vs. Phillip Lee Jackson, 1995: The San Diego (CA) Police Department used digital image processing on a fingerprint in a double homicide case. The defense asked for a Kelly-Frye hearing, but the court ruled this unnecessary on the argument that digital processing is a readily accepted practice in forensics and that new information was not added to the image.

Tradução livre: Estado da Califórnia contra Phillip Lee Jackson, 1995: O Departamento de Polícia de San Diego (CA) usou o processamento de imagens digitais numa impressão digital em um caso de homicídio duplo. O advogado pediu uma audiência preliminar, mas a corte decidiu que isso era desnecessário sob o argumento de que o processamento digital é uma prática forense facilmente aceitável e que nenhuma nova informação havia sido adicionada à imagem.

que há muito tempo isso vem ocorrendo nos países nos quais a tecnologia é muito mais utilizada, sendo imprescindível para a resolução de vários casos judiciais.

A fotografia digital é um arquivo de dados que deve ser armazenado em um dispositivo físico cujo qual possa ser lido e interpretado por computadores ou outros dispositivos, de forma que seja possível a visualização da mesma e também a sua impressão em suporte físico, como o papel.

Existem vários tipos de formatos com os quais podemos usar ao lidarmos com fotografias digitais, sendo os mais comuns o JPG (ou JPEG), TIFF, BMP, PNG, GIF e RAW. Cada um deles possui suas características próprias, que estaremos abordando nos tópicos seguintes.

O JPG ou JPEG, abreviação de Joint Photographics Experts Group, sendo o comitê que desenvolveu uma técnica de compressão de imagens, em 1992, que pode conter ou não perda de informação. O processo de compressão consiste na análise sequencial de pequenas partes da imagem em questão, a informação resultante é então armazenada em blocos, em um número pré-definido de *slots* (áreas nas quais os dados são gravados). Para diminuir o tamanho do arquivo da imagem, deve-se usar uma alta taxa de compressão, isso faz com que as partes a serem analisadas sejam maiores e o número de *slots* é menor. Como consequência há perda de detalhes e foco, podendo, em casos específicos, ocorrerem borrões, blocos de cor e outros problemas na imagem que está sendo comprimida.

Além de um método de compressão, também é considerado um formato de arquivo. Este formato é o mais comum utilizado em câmeras digitais e outros dispositivos eletrônicos que fazem a captura de imagens. Também é muito utilizado para a publicação de imagens na Internet ou na utilização de equipamentos que possuem pouca capacidade de armazenamento e memória, devido à sua alta taxa de compressão sem a perda nítida de qualidade da imagem após o processamento.

Em determinadas situações de altas taxas de compressão, ou mesmo de configuração inadequada dos equipamentos de captura, como câmeras, as imagens podem ficar borradas ou distorcidas, o que pode inviabilizar o seu uso dentro de processos. No entanto, mesmo dentro dessas situações, ainda é possível determinar se houve adulterações relativas ao arquivo original, conforme veremos adiante.

O formato mais utilizado por programas profissionais, desenvolvido pela empresa Aldus, o TIFF (*Targa Image File Format*), é muito utilizado para a troca de arquivos de imagens em sistemas de pré-impressão. O formato originou-se no mundo da editoração eletrônica. A característica mais marcante desse tipo de arquivo é que ele é multiplataforma, podendo ser usado sem a necessidade de conversão por sistemas Windows, Linux, Macintosh, entre outros. Sua qualidade principal é a elevada definição de cores e também a capacidade de armazenar mais de uma página dentro de um único arquivo.

Arquivos TIFF também suportam a compactação, porém, não há perda de qualidade, pois nenhuma informação da imagem é descartada no processo. A diferença mais visível no caso, é que a abertura dos arquivos e o seu processamento são muito mais lentos que o normal, sem a compressão.

Esses arquivos são muito utilizados em programas profissionais e dispositivos de captura, como *scanners*, porém, devido à sua complexidade e ao tamanho muito superior a outros tipos, não é utilizado em câmeras e dispositivos similares, tampouco é comum a publicação na Internet com este tipo de imagem.

O BMP ou *Windows Bitmap* é um formato gráfico composto de *pixels*, criado pela Microsoft e pela IBM, é usado principalmente pelo sistema operacional Windows. Acrônimo de *bitmap*, ou mapa de *bits*, é o formato no qual uma série de pixels individuais formam uma imagem. A cor de cada *pixel* é determinada por um conjunto de *bits*. A característica marcante deste tipo de arquivo é que ele é independente do periférico de afixação, ou seja, ele independe do dispositivo no qual será exibido.

Apesar de largamente utilizado pelo sistema operacional Windows, os arquivos do tipo BMP caíram em desuso, devido a sua característica marcante de ocupar muito espaço para armazenamento de imagens, sendo que com a utilização do JPG, por exemplo, para armazenar a mesma coisa, ocupa praticamente de 10 a 15% do espaço necessário. Por sua ampla utilização com o Windows, este tipo de arquivo também é utilizado por muitos dispositivos eletrônicos, possibilitando a rápida edição e armazenamento, além de ser intercambiável entre praticamente todos os tipos de programas que trabalham com imagens.

O formato GIF ou *Graphics Interchange Format*, foi criado em 1987 pela CompuServe, com o objetivo de fornecer uma alternativa aos arquivos mais antigos que permitiam apenas preto e branco, sendo que ele trabalha com imagens de no máximo 256

cores. Ele é considerado antiquado em praticamente todos os segmentos que trabalham com imagens atualmente, sendo que é inadequado para a utilização com fotos coloridas, devido a pouca quantidade de cores disponível. A única vantagem do formato é a possibilidade de colocar várias imagens em um único arquivo e definir um espaço de tempo que cada qual permanecerá sendo exibida, formando assim um “filme” com as imagens, criando uma animação. Por fim, também é possível escolher uma determinada cor que não será exibida pelo computador, criando-se assim um efeito de transparência.

Apesar de não ser utilizado para o armazenamento de fotografias, esse formato é muito utilizado na Internet, por sua característica de conseguir produzir arquivos pequenos com animações, desde que não exijam muitas cores e tampouco atividades complexas.

Já o formato PNG ou *Portable Network Graphics* foi desenvolvido com o objetivo de substituir os arquivos GIF, que eram protegidos por patentes. A principal vantagem do PNG é que ele combina o que de melhor existe nos arquivos GIF e JPG. Uma das exceções em relação ao GIF, é que este formato de arquivo não suporta animações, porém tem uma compressão muito mais eficiente e produz arquivos menores. Uma das características marcantes é que o PNG suporta transparência por canais, ou seja, ele permite uma graduação suave, ao invés de utilizar apenas uma cor para conseguir o efeito desejado.

Devidos às limitações intrínsecas a este formato de arquivo, ele não é utilizado por quase nenhuma câmera fotográfica na atualidade, ficando relegado ao ostracismo, pois também é pouco utilizado na Internet.

O formato RAW pode ser definido como “negativo digital”. Sua principal característica é armazenar a totalidade dos dados da imagem da maneira fiel e literal pela qual foi capturada pelo sensor da câmera digital. O formato para ser considerado puro, ou “cru”, não pode ter nenhum tipo de compressão, como ocorre com outros formatos de arquivos de imagem, como, por exemplo, o JPG.

Devido à característica de conter todos os dados da imagem capturada pela máquina digital, os arquivos são extremamente grandes. É chamado de “negativo digital” justamente por ser o equivalente do filme das máquinas analógicas, isso porque, o arquivo RAW em si normalmente não é utilizado como imagem, mas sim como suporte de armazenamento de dados para possibilitar a criação de uma. O processo que faz a conversão do formato RAW para outro mais conhecido e que possibilita a visualização da imagem, como o JPG, também é

conhecido como “revelação de imagem RAW”. Não existe uma extensão própria para este tipo de arquivo. Na verdade, cada fabricante de câmeras digitais ou dispositivos de captura de imagens utilizam suas próprias extensões, assim, deve-se consultar o manual técnico de cada dispositivo para se obter maiores informações. Também não há compatibilidade entre os arquivos, pois cada fabricante utiliza o seu próprio padrão, por isso é importante saber de antemão se existe programas adequados para trabalhar com elas.

Aliado a outras técnicas para a detecção de adulterações, o formato RAW sem dúvida se mostra o melhor tipo de arquivo de imagem a ser utilizado pelos tribunais brasileiros, possibilitando ao juiz grande segurança para a utilização de fotografias digitais. No entanto, com a criação de novos métodos e programas específicos pela computação forense, este não é o único arquivo a ser considerado utilizável em meios processuais, apesar de desejável.

Apesar do tamanho gerado por este formato, é aconselhável a quem quiser utilizar uma foto como prova judicial que o utilize, pois a possibilidade de adulteração é muito menor, pois necessita de programas específicos, de acordo com cada fabricante do dispositivo usado para a captura da imagem, sendo que alguns arquivos sequer permitem modificações, e também porque em caso da necessidade de perícia, o trabalho a ser realizado será imensamente facilitado, propiciando vários meios para que se demonstre a autenticidade e integridade necessárias à comprovação da originalidade para o convencimento do magistrado.

Para melhor compreensão do que seria um “negativo” da fotografia digital, é interessante entender o que ocorre no exato momento da exposição da câmera. Há um processo físico com sensores fotossensíveis que ao receberem luz geram uma carga elétrica. O sensor possui milhões de pixels, sendo que cada um deles recebe uma quantidade de luz, gerando um sinal elétrico que é enviado a um processador. Em frações de segundo, há uma interpretação desses sinais por meio do processador, prosseguindo com a criação de um mapa de todos os pixels. O mapa, na realidade, é a imagem capturada pelo sensor. A maior parte das câmeras digitais aplica filtros e efeitos nesse mapa, já na etapa de processamento, o resultado prático é que a imagem tem um tratamento prévio, e quando isso ocorre, o arquivo de imagem resultante normalmente é gravado no formato JPG. Aqui entra a principal utilidade do formato RAW: o mapa não sofre alterações nem tratamento prévio, gerando uma imagem “crua”, com exatamente o que foi captado pelo sensor.

Fotógrafos profissionais preferem esse formato justamente porque podem fazer as alterações necessárias de correção nas fotos posteriormente, sendo que a qualidade obtida com a fotografia digital original é muito superior a outros formatos aqui já descritos. No entanto, a manipulação destes arquivos é muito trabalhosa, necessitando de processadores poderosos para tanto. Infelizmente a atual tecnologia ainda não permite que as câmeras disponíveis no comércio tenham esse recurso de forma completa. Alguns fabricantes para disponibilizarem o formato RAW em seus equipamentos costumam fazer a utilização de algoritmos menos eficazes, o que muitas vezes resulta numa fotografia com qualidade inferior ao esperado.

A Adobe, empresa reconhecidamente especializada em imagens digitais, criou o formato DNG, ou Digital Negative, “um formato de arquivamento público para os arquivos brutos gerados pelas câmeras digitais. Ao utilizar um padrão aberto para os arquivos RAW criados em modelos individuais de câmera, o DNG ajuda a garantir que os fotógrafos terão acesso aos seus arquivos no futuro”<sup>44</sup>.

Na prática, o formato DNG é um arquivo com a imagem RAW e os metadados correspondentes para a sua leitura correta, criando uma padronização, já que cada fabricante faz a sua própria definição.

No caso de fotografia e vídeo digitais também há a esteganografia, que significa “escrita escondida”. Consiste no estudo e uso de técnicas com o objetivo de esconder mensagens dentro de outra. Não se deve confundir criptografia com esteganografia, a primeira tem como objetivo ocultar o significado da mensagem, mas não ela própria, já a segunda procura esconder a mensagem em si. Nada implica, porém, que não possam ser usadas as duas técnicas combinadas para o envio de mensagens.

Modernamente, a técnica é usada com imagens, alterando-se pequeníssimas porções localizadas dentro do mapa de pixels, fazendo com que a mensagem fique escondida e que não haja alterações perceptíveis após o uso da esteganografia. Entre os métodos mais conhecidos e utilizados, estão as tintas invisíveis e micropontos.

Uma das utilidades da técnica pode ser a inserção de mensagens personalizadas dentro de imagens de modo que se possa identificar rapidamente caso ela seja copiada e usada

---

<sup>44</sup> Fonte: Adobe Systems. < <http://www.adobe.com/br/products/photoshop/extend.displayTab2.html>>, acessado em 16/01/2011.

irregularmente por outros que não são seus detentores originais e de direito. Existem dois tipos de técnicas mais usadas frequentemente nos dias atuais: a marca d'água digital, utilizada em imagens, e a impressão digital, que consiste na inserção de códigos seriais, principalmente dentro de arquivos de vídeo, assim, se forem copiados e distribuídos, por exemplo, pela Internet, será fácil identificar quem foi o responsável pela distribuição. Infelizmente, essa técnica pode ser usada também com fins menos altruístas, como comunicação entre criminosos e a distribuição de vírus, entre outros programas nocivos em computadores. Esta técnica não precisa necessariamente ser utilizada apenas com imagens, podendo também ser aplicada em arquivos de áudio e vídeo.

O perito forense deve estar preparado para perceber possíveis indícios da utilização da técnica de esteganografia e assim utilizar os programas corretos para a obtenção das mensagens ocultas dentro de imagens. A esta área responsável por descobrir a existência de mensagens em arquivos dá-se o nome de “esteganálise”. Além de descobrir a mensagem em si, deve-se também encontrar qual foi o método utilizado para realizar a esteganografia, o que é feito partindo de vários pressupostos. Uma vez encontrada a mensagem, pode-se proceder a leitura, torná-la inconsistente ou simplesmente destruí-la.

Existem vários mecanismos pelos quais se pode identificar se uma foto foi alterada, mesmo não sendo possível recorrer à imagem original para comparação.

Cientistas já concluíram com êxito um programa que consegue saber se a foto sofreu qualquer tipo de alteração por meio da comparação da “assinatura digital” que toda imagem gerada por uma câmera fotográfica digital possui. Todo equipamento fotográfico insere uma “assinatura digital” única nos arquivos resultantes, então, a partir de um banco de dados com essas informações, é possível identificar se a fotografia digital passou por alterações, uma vez que ao ser gravada novamente perderá ou terá essa assinatura digital modificada.

É possível detectar alterações também com análise da iluminação, uma vez que as técnicas de manipulação não conseguem duplicar os efeitos com perfeição da luz natural, assim programas especializados podem fazer comparações nas condições de iluminação da fotografia. O programa consegue detectar todos os tipos de emissão de luz, natural e artificial e superfícies refletoras, a partir desse estágio é feito a modelagem da iluminação, procurando variações inconcebíveis com as emissões de luz.

A alteração também pode ser identificada por meio de comparações matemáticas de conjuntos de pixels da imagem, pois, ao fazer alterações, muitas vezes usam-se partes da própria foto para concluir o trabalho, por exemplo, quando se quer retirar uma pessoa ou objeto, utiliza-se clonagem das partes adjacentes para criar o efeito necessário. Ocorre que nesse processo de clonagem há uma repetição de pixels, que pode ser imperceptível ao olho humano, mas que quando analisado por meio de algoritmos matemáticos é facilmente encontrado um padrão de repetição, identificando assim a alteração.

Outra maneira de identificar alterações é por meio do ELA – *Error level analysis* – que consiste em salvar novamente a imagem que está sendo alvo da perícia. Se não houver alterações significativas na imagem, então não houve alterações. No entanto, caso tenha havido retoques, ao salvar novamente, a imagem apresentará erros mínimos de qualidade, revelando as áreas que efetivamente foram modificadas. É possível utilizar esse serviço gratuitamente por meio da Internet, no endereço <http://errorlevelanalysis.com>.

### **3.3 Arquivos de áudio e vídeo**

Um arquivo digital de áudio possui um formato que permite que ondas sonoras possam ser armazenadas em forma de dados digitais. Em um conceito aberto, pode-se dizer que o arquivo contém amostras do som em intervalos regulares, que representam qual a posição que a membrana do autofalante deve estar no momento da reprodução.

Tais arquivos possuem três propriedades básicas: 1) a resolução, em *bits*, para determinar como será representada cada amostra; 2) a taxa de amostragem, em outras palavras, quantas amostras serão feitas a cada segundo e; 3) a codificação que é utilizada para armazenar tais informações.

A codificação varia de acordo com o fabricante do dispositivo eletrônico ou do programa de computador, sendo que o formato mais apreciado atualmente é o MP3, por sua alta taxa de compressão e pouca perda de qualidade, o que tornou os arquivos musicais populares para compartilhamento entre os usuários da Internet.

Não há óbices legais para a utilização de arquivos digitais de áudio em processos, sendo que em caso de dúvidas qualquer das partes pode solicitar a perícia para atestar a

autenticidade e confiabilidade do arquivo. A degravação é o método preferível para utilização nos autos, inclusive possibilitando o contraditório<sup>45</sup>.

Destarte, como se percebe, não há necessidade de integral transcrição ou degravação de arquivo de áudio quando se tratar de longo período de gravação, bastando para a devida instrução processual os trechos que embasam a ação e, obviamente, que permitem o entendimento correto do contexto a ser analisado.

Existem inúmeros tipos de arquivos de vídeo disponíveis igualmente em uma infinidade de equipamentos eletrônicos ou programas de computador. Basicamente, todos têm entre si algumas características iguais.

O vídeo na realidade é uma composição de inúmeras imagens estáticas que reproduzidas em determinada velocidade dão a impressão ao olho humano que há movimento. O número mínimo de imagens a serem exibidas é de 23 por segundo de modo que pareça haver o movimento. Tal concatenação é efetuada de modo que existe uma imagem “chave”, a primeira do segmento, seguida de outras imagens com as alterações necessárias a compor o “movimento”.

Existem vários meios que são utilizados para codificar a sequência de imagens, geralmente é feito de forma que apenas a “chave” seja um arquivo completo, as demais contêm apenas o que realmente foi alterado da imagem principal, fazendo com que o tamanho resultante do arquivo final seja muito menor. A operação basicamente se repete a cada determinado tempo ou nos casos que há uma alteração brusca dos elementos da imagem, situações nas quais é necessário que se acrescente uma nova imagem “chave” para o próximo segmento de encadeamento.

---

<sup>45</sup> Conforme se vê pelo informativo do Superior Tribunal de Justiça:

Informativo nº 0452

Período: 18 a 22 de outubro de 2010.

Quinta Turma

AUDIÊNCIA. MEIO AUDIOVISUAL. DEGRAVAÇÃO.

O tribunal a quo, em sede de apelação, converteu o julgamento em diligência para que a primeira instância providenciasse a degravação do interrogatório dos acusados, registrado por meio audiovisual. A Turma, entre outras questões, reafirmou o entendimento de que o art. 405 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, buscou dar celeridade ao andamento dos trabalhos com a desnecessidade de redução a termo dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, bem como possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez de simples escrita. Assim, a Turma concedeu parcialmente a ordem. Precedente citado: HC 153.423-SP, DJe 26/4/2010. HC 172.840-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 19/10/2010.

Os formatos mais comuns atualmente, como Xvid, Divx ou MP4, utilizam tais formas de codificação, sendo que as imagens na verdade são arquivos JPEG encadeados, o que, em tese, permite que cada segmento seja exportado no formato original de imagem para a realização de perícia caso necessário.

Os formatos de vídeo em sua ampla maioria também comportam uma ou mais trilhas de áudio que são incorporados ao segmento de tempo para a devida reprodução e sincronismo de imagem e áudio.

Não há óbices para a utilização de vídeos digitais em nossos tribunais, desde que observados os trâmites exigidos, inclusive o contraditório e ampla defesa<sup>46</sup>.

Como nos arquivos de áudio, não há necessidade de integral transcrição ou de gravação do arquivo de vídeo quando se tratar de longo período de gravação, bastando para a devida instrução processual os trechos que embasam a ação e, obviamente, que permitem o entendimento correto do contexto a ser analisado.

---

<sup>46</sup> Como se observa pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA OFERECIDA SEM A JUNTADA DA INTEGRALIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PROCEDIMENTO QUE DEU AZO A DIVERSOS PROCESSOS. DEFESA QUE TEVE ACESSO À TOTALIDADE DO MATERIAL INDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. 1. Não caracteriza constrangimento ilegal o oferecimento de denúncia sem a juntada integral do caderno investigatório se este, na mesma data, deu causa à instauração de diversas ações penais, às quais, posteriormente, foi acostada cópia do seu inteiro teor. 2. Tendo a defesa acesso a todos os elementos indiciários referentes à ação penal, em obediência ao due process of law, não há que se reconhecer a nulidade do processo, especialmente se não logrou comprovar a existência de qualquer prejuízo capaz de macular a instrução, pois no sistema processual penal vige o brocardo pas de nullité sans grief positivado na letra do art. 563 do CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MATERIAL COLETADO EM VÍDEO. FALTA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS, DE REDUÇÃO A TERMO E DE PERÍCIA. CONHECIMENTO DE TODAS AS CONVERSAS GRAVADAS E DAS DEMAIS PROVAS POR PARTE DA DEFESA. TRANSCRIÇÃO REALIZADA POR MEIO DIGITAL. OBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 6º DA LEI 9.296/96. EIVA NÃO OCORRENTE. 1. Inviável acolher-se a pretensão de nulidade do édito repressivo, ante a ocorrência de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao fundamento de que não foram efetuadas de gravação, redução a termo e perícia no material coletado em vídeo e áudio, decorrente de interceptação telefônica, se restou esclarecido que à defesa foi fornecida a integralidade das gravações, com todos os diálogos. 2. O art. 6º da Lei 9.296/96 não exige a realização de perícia, determinando que haja transcrição, na concepção de reprodução, cuja concretização pode se dar por meio digital. 3. Se houve auto circunstanciado atestando a veracidade da medida, bem como oitiva dos policiais que o lavraram, na qualidade de testemunhas, sob o crivo do contraditório, dando segurança ao julgador quanto ao teor da prova, à sua idoneidade técnica e autenticidade, não há que se falar em nulidade. 4. Ordem denegada. HC 104760 / SP - HABEAS CORPUS- 2008/0085699-2 - Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) - Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 27/10/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2009.

### 3.4 Contratos eletrônicos: o aceite materializado através do *click* do usuário

Normalmente para que se possa começar a usar um serviço oferecido através dos meios eletrônicos, a Internet como exemplo principal, é necessário que o usuário leia um contrato que será celebrado entre as partes. Este contrato é apresentado no momento que se está a fazer o cadastro no serviço específico, e o aceite, portanto, é o *click* que o usuário imprime, confirmando sua aceitação aos termos, podendo assim, utilizar o serviço.

Não há diferenças entre o contrato celebrado através de meios eletrônicos e de modo tradicional, com papel, por exemplo. Os contratos que forem celebrados através de meios virtuais, como a Internet, também devem obedecer aos requisitos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o artigo 104<sup>47</sup> do Código Civil.

O *click* do usuário manifestando seu aceite ao contrato é o momento no qual se estabelece o vínculo jurídico entre as partes. Portanto, esse *click* corresponde à assinatura do contrato, valendo com prova, devendo assim ser gravadas todas as informações pertinentes sobre o ocorrido para eventuais dúvidas que surjam futuramente, como data e hora, endereço IP e outras informações pertinentes que possibilitem determinar o momento do aceite e o oblato responsável, que deve ter sido identificado previamente.

Como forma de estabelecer a boa-fé objetiva e ampliando a proteção ao consumidor, há um projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, de autoria de Luciano Pizzatto do PFL do Paraná, no qual é estabelecido como obrigação do sistema eletrônico no qual se está processando o contrato virtual o envio de mensagem automática após o aceite, entre outros casos, uma “resposta eletrônica automática”, confirmando seu recebimento<sup>48</sup>.

Hoje o aceite no contrato eletrônico já serve como prova da contratação, não havendo qualquer regramento específico sobre o assunto. Como admite prova em contrário, dados

---

<sup>47</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>48</sup> ANTEPROJETO DE LEI - PL 1.589 de 1999 - Luciano Pizzatto (PFL Paraná)

Ementa: Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências.

[...]

Capítulo IV – Da contratação eletrônica

[...]

Art. 7º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento.

sobre o ocorrido devem ser gravados para confirmar a operação. No entanto, é de real importância que a transação fosse efetivamente confirmada, também por meios eletrônicos, como o proposto pelo Projeto de Lei 1.589/99 citado alhures, vez que isso evitaria alguns dissabores, como por exemplo, a realização em duplicidade de operações. É fácil imaginar tal situação: ela pode ocorrer com um problema técnico qualquer no momento do aceite, gravando efetivamente a concordância do oblato, mas não gerando resposta. Assim, ao imaginar que a transação não foi efetivada, volta a repetir a operação, desta vez recebendo uma resposta, porém, gerando a duplicidade do registro. Isso pode acontecer, por exemplo, em uma compra em loja virtual.

Em que pese o aceite através do *click* ser possível para a contratação eletrônica, deve o contratante se cercar de cuidados adicionais para efetivamente provar que a contratação de fato ocorreu, até mesmo como forma de respeitar os direitos do consumidor, como se percebe através de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que confirmou o aceite eletrônico, porém manteve as condições adicionais estipuladas no contrato<sup>49</sup>.

### **3.5 Perícia forense e verificação de integridade por meio de *hash***

Apesar de com o passar de o tempo existir inúmeros avanços tecnológicos e científicos da computação forense, melhorando a capacidade de coleta e utilização de provas ou

---

<sup>49</sup> Nesse sentido há o julgado abaixo, no qual a justiça confirmou que o aceite de contrato eletrônico é válido, porém deve o oblato estar atento às demais condições estabelecidas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE MENSALIDADES. ALEGAÇÃO DE CERCEIO DE DEFESA, ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. DISSENSÃO ACERCA DO DÉBITO REFERENTE AO SEGUNDO SEMESTRE DE 2005. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO RÉU, DO PAGAMENTO DO ALUDIDO ENCARGO. DESPROVIMENTO DO RECURSO NESTA PARTE. DISSENSÃO, TAMBÉM, QUANTO AO PRIMEIRO SEMESTRE LETIVO DE 2006. NÃO COMPROVAÇÃO, PELA UNIVERSIDADE AUTORA, DA PERFECTIBILIZAÇÃO DO ATO DE MATRÍCULA. VAGA NÃO COMPROMETIDA. IMPOSSIBILIDADE DESTA COBRANÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Existindo nos autos elementos probatórios bastantes para firmar a convicção do magistrado, o julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330, I, do Código de Processo Civil, não constitui cerceio de defesa.

II. Na esteira do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, se o autor comprova seu direito de credor, exibindo documentos que embasam sua pretensão, e o réu, embora alegue a inexistência do débito, não traz a lume nenhum fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele, procedente há de remanescer, no ponto, o pedido exordial.

III. Se para a configuração formal do ato de matrícula semestral faz-se necessário, além do aceite eletrônico do contrato de prestação de serviços, o pagamento da primeira parcela da mensalidade, tem-se que a ausência deste, pelo aluno, não compromete a vaga de estudo, mantendo-a disponível, tornando inviável a cobrança das mensalidades atinentes ao semestre.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.069179-2, da comarca da Capital / Estreito (2ª Vara Cível), em que é apelante Israel Luiz Pereira e apelada Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas ex lege. Apelação Cível n. 2010.069179-2, da Capital / Estreito – SC.

evidências para a solução de processos, os avanços por si não garantem que estas sejam aceitas pela justiça.

Para ser aceita judicialmente, a prova tem que obedecer a critérios rígidos para a sua coleta, manuseio e análise, com condições mínimas de segurança, proporcionando a integridade e autenticidade, evitando danos irrecuperáveis que possam macular de forma irreversível o processo.

A credibilidade da prova vem da capacidade de se provar em juízo a autenticidade e integridade da fotografia digital, não esquecendo que qualquer análise feita deva ser isenta e que não promova qualquer alteração no objeto periciado. A prova deve, assim, ser confiável, suficiente e relevante.

Para o correto prosseguimento da ação processual é imperativo que se tenha familiaridade com a linguagem específica da tecnologia, que se conheçam os termos utilizados, não se esquecendo da ciência forense computacional e os aspectos jurídicos relevantes e correlacionados. O conhecimento prévio das metodologias a serem empregadas e do processo de forense computacional são essenciais para o desenvolvimento da análise técnica sem falhas e com a maior taxa de sucesso possível.

O principal objetivo da cadeia de custódia é definir o caminho pelo qual se efetuará a coleta, guarda e análise da prova, documentando todas as informações possíveis sobre o trabalho realizado, como horário da coleta, proprietário, quem coletou, como foi coletada, forma de armazenamento e proteção, quem possui a posse atualmente, entre outras informações relevantes.

Uma das características mais relevantes a ser levantada é o MAC, *Modified, Accessed and Changed*, numa tradução livre, *Modificado, Acessado e Alterado*. Essas informações são amplamente utilizadas pela imensa maioria dos sistemas operacionais existentes hoje em dia, desde o Windows, Linux, MacOS, entre outros. O MAC, ou MAC Time, como também é conhecido, é um padrão para a identificação sobre procedimentos realizados com as informações de um sistema de arquivos computacional, com o seguinte significado:

- M: última leitura ou gravação;
- A: último acesso ao arquivo;

- C: última mudança de inode.

Caso haja alteração no atributo de um arquivo, como, por exemplo, deixá-lo como “somente leitura”, ou mudar a permissão deste ou do diretório (pasta) no qual está localizado, restringindo ou aumentando as opções de acesso, fazem com que exista uma mudança no inode do arquivo em questão.

Dessa maneira, o MAC Time possibilita a determinação da cronologia de criação e acesso aos arquivos digitais. Com ele é possível determinar quando o arquivo da fotografia digital foi criado, a última vez que foi acessado (uma visualização, por exemplo) e também a última vez que foi modificado. Assim, uma das formas possíveis para se verificar se houve adulteração é por meio desse atributo do arquivo, que revela imediatamente a manipulação da foto caso as datas sejam diferentes.

É importante que ao se analisar uma prova digital todo o procedimento seja, na medida do possível, realizado em cópias dos arquivos originais, evitando-se ao máximo a alteração de atributos, conservando a originalidade e autenticidade, de modo que estejam sempre disponíveis para novas perícias e possíveis contraprovas. Obedecendo a esses critérios, têm-se cinco regras que sempre deve estar à mente sobre as provas: ser admissível: deve ser passível de ser utilizada nos tribunais; ser autêntica: deve relatar o incidente de maneira relevante; ser completa: deve ser capaz de comprovar algum fato de maneira completa; ser confiável: não pode ser questionada quanto a sua autenticidade e veracidade; ser crível: clara e fácil de compreender aos olhos do juiz.

Há que se falar também de Edmond Locard (1877 – 1966), que foi um pioneiro na Ciência Forense. Ele formulou o princípio básico da ciência forense: "todo contato deixa uma marca", que ficou conhecido como o princípio de Troca de Locard.

O princípio da troca de Locard determina que no momento que dois objetos entram em contato há transferência de material entre eles, ou seja, sempre haverá troca quando dois objetos entrarem em contato. No contexto do presente trabalho, o princípio demonstra que pode haver contaminação das provas, inclusive por desatenção de quem estiver manipulando o arquivo digital, como o perito, no momento da investigação e realização de relatório para a instrução judicial.

Para proteger o ambiente e também a prova digital, especificamente a fotografia digital, é necessário que o ambiente de análise e também o meio no qual o arquivo se encontra armazenado seja administrado adequada e corretamente. A inobservância desses cuidados pode invalidar a produção probatória em juízo, prejudicando totalmente o sucesso processual almejado. Assim, é imprescindível que o responsável saiba como funciona a cadeia de custódia e tenha conhecimentos mínimos da ciência forense computacional de forma que a manipulação inadequada dos arquivos não venha a comprometer a produção de provas, uma vez que o simples acesso de uma fotografia digital já pode causar a alteração de determinados atributos do arquivo, como tratado alhures, inviabilizando seu uso em juízo.

Atualmente é possível encontrar no mercado diversas ferramentas para serem utilizadas com a ciência forense computacional, desde programas gratuitos até de elevado custo, do mais simples ao mais complexo. É importante que o operador do Direito tenha conhecimento básico sobre essas ferramentas, propiciando assim uma maior desenvoltura dele junto ao perito e também para a melhor argumentação do caso junto ao juiz.

A informática forense, destarte, representa papel importante, conforme se vê pela lição de Bernardi:

A informática forense pode ser conceituada como o conjunto de técnicas aplicadas sobre dados informatizados com a finalidade de conferir-lhes validade probatória em juízo. Seu objeto é, portanto, o documento eletrônico armazenado em meio magnético ou em qualquer outro meio empregado no ambiente computacional. E pode ter como suporte ou ferramentas de trabalho não apenas programas de *software*, como é o caso do *Authenticator*, [...], mas também equipamentos de *hardware*, todos voltados à atividade investigativa e probatória exercitada para fins de instrução de procedimentos criminosos<sup>50</sup>.

Normalmente, as fotografias digitais estão armazenadas em dispositivos móveis, como cartões de memória ou mesmo aparelhos celulares. Praticamente todos eles podem ser acessados em qualquer computador, possibilitando a análise forense do arquivo digital em questão de forma que se estabeleçam parâmetros mínimos de confiabilidade e garantia de que não houve adulteração e que forneça os meios necessários para a geração de arquivos de controle que podem ser usados a qualquer momento para comparações e se descobrir se o arquivo original sofreu qualquer tipo de adulteração.

---

<sup>50</sup> BERNARDI, Renato. A inviolabilidade do sigilo de dados. São Paulo: Fiuza Editores, 2005, p. 112.

Para adicionar segurança às provas eletrônicas é essencial utilizar um mecanismo de proteção, como o *hash*. *Hash* é uma função, que tem como objetivo sumarizar ou identificar probabilisticamente um determinado dado. Assim, sua propriedade mais importante é que, se após a construção do *hash* e verificação do algoritmo gerado na origem e no destino houver diferença, isso significa que as entradas não são iguais, caracterizando que houve violação do que foi enviado com o que foi recebido pelo destinatário. Em sistemas computacionais, a função *hash* criptográfica recebe, em sua entrada, uma cadeia de caracteres, de qualquer tamanho, que pode ser qualquer tipo de arquivo. Após a análise do conteúdo para os devidos cálculos matemáticos é gerada na saída uma cadeia de caracteres de tamanho fixo, que recebe o nome de *Message Digest* ou *digital fingerprint* (impressão digital computacional).

Este tipo de solução é muito utilizado nos meios computacionais uma vez que não é possível reconstruir a cadeia de caracteres original a partir do algoritmo *hash* criado. Assim, caso haja qualquer tipo de mudança no arquivo original, mesmo que de um único bit, o *hash* resultante no destino será diferente e o documento se tornará inválido.

O MD5 ou *Message-Digest algorithm 5* é um algoritmo de *hash* unidirecional, ou seja, após a geração do código de identificação de letras e números, não é possível fazer o processo reverso, ou seja, a partir do *hash* a obtenção do arquivo original é impossível.

A utilização do MD5 é indicada para se resguardar a autenticidade da fotografia digital. Ao se ter acesso pela primeira vez com a prova em questão, deve-se fazer uma cópia da mesma e em seguida fazer a geração do arquivo MD5 e armazenar ambos em um meio adequado, por exemplo, gravar em um CD não regravável, ficando a prova assim resguardada quanto a possíveis adulterações.

Caso a fotografia digital encontre-se em um cartão de memória, que é o caso da imensa maioria das câmeras digitais, é sensato que se guarde este juntamente com o CD com a cópia da foto e o arquivo MD5 resultante.

O SHA (Secure Hash Algorithm) é uma família de funções criptográficas. Os algoritmos SHA foram desenvolvidos pela Agência de Segurança Nacional (NSA – National Security Agency) dos Estados Unidos, e servem como padrão para o governo norte-americano. Este algoritmo é considerado por muitos como o sucessor do MD5, embora ambos tenham falhas exploradas por agentes criminosos. Para operações críticas, é recomendado que

se utilize o SHA-256 ou superior, de modo que se evite problemas com exploração de falhas por pessoas má intencionadas.

O Whirlpool também é uma função criptográfica de *hash*, desenvolvida em parceria pelo brasileiro Paulo S. L. M. Barreto e pelo belga Vincent Rijmen. Após o lançamento da primeira versão, dois pesquisadores japoneses, Shibutani e Shirai, descobriram um problema com o algoritmo, sendo necessária uma correção e lançamento de uma versão corrigida. Com isso, o NESSIE (New European Schemes for Signatures, Integrity and Encryption – Europeu) o escolheu como projeto de algoritmo de hash. Em seguida o padrão foi adotado pela ISO/IEC 10118-3:2004. Apesar do bom desenvolvimento e aplicabilidade, essa função não é muito utilizada atualmente.

Destarte, além do uso do hash, uma das preocupações que o operador do direito e eventuais peritos devem ter em mente é a realização de cópias para a correta manipulação das fotografias digitais que serão utilizadas como prova. No entanto, na medida do possível, não se devem fazer cópias simples, pois estas alteram alguns atributos dos arquivos ao gerarem as cópias. A forma de garantir que a cópia também é fidedigna e exatamente igual à original é por meio de programas especializados, que trabalham com duplicação física de dispositivos ou geração de imagens idênticas às originais para que o trabalho pericial seja realizado sem problemas. Uma das vantagens desse tipo de cópia é que o trabalho pode ser realizado independentemente do sistema operacional utilizado no computador ou dispositivo eletrônico.

Tenha em mente que há necessidade de sempre se realizar cópias das fotografias digitais ou qualquer outro tipo de arquivo que se faça necessário ao conjunto probatório para que, caso ocorra algum problema, os dados não sejam perdidos de forma definitiva, impossibilitando qualquer tipo de ação futura. Assim, é essencial e imperativo que se mantenha no mínimo duas cópias adicionais de todas as provas para evitar quaisquer tipo de dissabores que são inerentes ao meio computacional.

### **3.6 Breve análise do artigo 11 da Lei 11.419 de 2006**

A Lei 11.419/06 tem como escopo a informatização do processo judicial, possibilitando que os autos existam virtualmente, dispensando-se na medida do possível o

papel. No capítulo III há as normas referentes ao processo eletrônico, sendo que em seu artigo 11, especificamente, trata-se dos documentos eletrônicos juntados ao processo<sup>51</sup>.

A lei em comento estabelece várias premissas importantes acerca das relações entre o documento físico e, obviamente, o eletrônico, e também entre as noções existentes de original e cópia. Destarte, os documentos que são produzidos eletronicamente são considerados originais para quaisquer efeitos legais, desde que juntados aos autos digitais com a devida garantia de origem e também de autoria. O documento original, portanto, é aquele que foi primeiro produzido, independentemente da forma, seja física ou eletrônica. Já a reprodução em qualquer outro formato ou meio a partir do documento original é considerada uma cópia.

Os extratos digitais e os documentos digitalizados quando juntados aos autos pelas autoridades que estão relacionadas na lei e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ou seja, a dos documentos físicos, ressalvados os casos no quais haja alegação devidamente motivada de adulteração. Ademais, os documentos físicos originais devem ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, nos casos apropriados, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

### **3.7 Ata notarial**

Um grande problema ao ter alguma informação veiculada em páginas na Internet é saber como guardar essa informação ou extraí-la de modo que possa ser utilizada dentro de

---

<sup>51</sup> Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegitimidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

um processo minimizando, quando não eliminando completamente, a possibilidade da parte contrária questionar e invalidar tal prova juntada aos autos.

A situação mais clássica: alguém encontra um comentário desabonador, em um blog, site ou rede social, que pode ser qualquer uma das hipóteses de calúnia, difamação ou injúria, ou qualquer outra coisa. O primeiro pensamento que vem à mente é imprimir a página em questão, de modo a “guardar” a prova do que estava escrito, uma vez que estará se “eternizando” a mesma em papel. O problema é que isso será uma prova muito fraca para ser usada em um eventual processo. A principal razão é que qualquer pessoa com um mínimo de experiência pode construir no próprio computador uma página semelhante e inserir as informações que desejar, com praticamente nenhum esforço, fazer uma nova impressão. A situação será extremamente ruim para o juiz, pois como poderá, com a imparcialidade que é devida por sua profissão, poder determinar o que tem ou não validade? É a primeira prova ou a segunda? Em quem acreditar? O problema principal: em regra, no direito pátrio, quem alega deve provar, e em caso de dúvida a acusação não deve prevalecer. Qual ou quais seriam as alternativas para a devida produção de uma prova do que está na Internet de modo que o juiz possa dar o devido valor e julgar imparcialmente?

A ata notarial sem dúvida alguma produzirá uma prova do que estava escrito em determinado site bem como o seu conteúdo. Para o assunto em questão, pode-se definir ata notarial como instrumento público feito por notário devidamente competente, conforme a Lei 8.935/94, em seu artigo 7º, inciso III, cujo objetivo é retratar a realidade ou verdade de um fato, que o notário em questão pode estar vendo, ouvindo ou percebendo, por meio de quaisquer de seus outros sentidos e, obviamente, o principal objetivo desta é servir de prova judicial, não se limitando somente a estes casos, mas também podendo ser usada administrativamente, privadamente ou em questões de registro. A ata notarial, assim, serve para evitar o desaparecimento de algo, um fato, antes que as partes, prejudicadas ou não, a utilizem em proveito de suas devidas expectativas. Tal documento tem fé pública, o que dá solenidade, formalizando e produzindo eficácia jurídica, como instrumento público que é.

A força probante da ata notarial emana do artigo 364 do Código de Processo Civil: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. Pode-se afirmar assim, que a ata notarial faz prova *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, do fato que foi presenciado ou constado pelo tabelião. O tabelião observa os fatos através de sua percepção

visual ou mesmo auditiva e os relata através da lavratura do ato. A ata notarial depende de pedido expresso da parte interessada, sendo que a constatação do fato pode ser feita fora do serviço notarial, neste caso, deve o solicitante indicar o local e a hora para o comparecimento do tabelião. Na ata notarial deverá, entre outras informações pertinentes, constar o local, a data e a hora da lavratura, o nome e a qualificação de quem solicitou, a narração dos fatos, a declaração de que foi lida ao solicitante, constando a assinatura deste. Ao final o tabelião deve assinar a ata notarial incluindo o sinal público do responsável pelo ato. A notarial deve ser feita imparcialidade e ausência de opinião ou mesmo juízo de valor dos fatos presenciados, garantindo assim a força probante desta.

Apesar que, mesmo que pouco conhecida, a ata notarial é um importante instrumento para que os operadores do direito possam dirimir questões envolvendo arquivos digitais. Nesse sentido:

A finalidade precípua da ata notarial é servir como prova pré-constituída para eventual utilização futura, pois segundo dispõe o art. 364 do Código de Processo Civil, "o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram na sua presença". Percebe-se que a ata notarial traz em seu bojo a presunção de que o fato narrado ocorreu, constituindo-se, em razão da ré pública, presunção de veracidade sobre o que está certificado na ata<sup>52</sup>.

Não há que se duvidar da legalidade da ata notarial. A Constituição Federal, no artigo 236 determina: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público"<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> GARCIA, Bruna Pinotti. SANTOS, Cássio Roberto dos. Prova documental e a evolução informática: força probante da ata notarial de páginas da internet e dos impressos da web. Revista Dialética de Direito Processual – agosto 2012 – v. 113 – páginas 9/26.

<sup>53</sup> As demais cominações legais são extraídas da Lei 8.935/94, *in verbis*:

Art. 6º Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliões de notas compete com exclusividade:

I - lavrar escrituras e procurações, públicas;

II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;

III - lavrar atas notariais;

IV - reconhecer firmas;

V - autenticar cópias.

Parágrafo único. É facultado aos tabeliões de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato.

Assim, conforme autorizado pela nossa carta magna e pela legislação infraconstitucional, a ata notarial é revestida de legalidade e produz efeitos jurídicos, não podendo ser arguido pela parte contrária manifestação no sentido de ilegalidade de sua utilização como prova<sup>54</sup>. Destarte, não pode prosperar qualquer refutação à utilização de tal documento dentro de um processo no caso concreto.

A ata notarial, resumidamente, é como se fosse uma fotografia da verdade, que uma vez esteja colocada em papel produz um documento perfeito, simples, que comprova os fatos constatados, exarando sua transcendência jurídica.

Infelizmente, por razões que escapam ao conhecimento, este instrumento ainda é pouco conhecido e utilizado, não só pelos operadores do direito, mas também por quaisquer pessoas que tenham interesses a proteger. Tais interesses podem ser, não se restringindo a eles: a) calúnia; b) difamação; c) injúria; d) infração de direito autoral; e) existência de arquivos eletrônicos, inclusive para determinar a data; f) uso indevido de imagens, logomarcas etc.; g) existência de documentos eletrônicos em geral e; h) existência de vídeos.

À primeira vista, a ata notarial deveria ser algo escrito, um documento no qual o notário descreveria com suas palavras tudo o que viu no momento no qual foi devidamente provocado a exercer suas funções conforme previsto em lei. No entanto, no caso de provas eletrônicas, isso não é totalmente adequado. Na verdade, tal documento público deverá ser realizado com a descrição dos fatos e também com imagens impressas que reflitam a situação enfrentada. Ademais, seria contra produtivo relatar por escrito a grande maioria dos sites, uma vez que seriam páginas e páginas descrevendo com detalhes tudo o que pode ser visto. No entanto, usando a parcimônia, pode o notário inserir na ata notarial a imagem – ou imagens – respectiva da qual quer se produzir prova e em seguida fazer descrição dos pontos principais, não havendo necessidade de se descrever todos e quaisquer itens existentes, uma vez que a imagem fala por si só.

A descrição pormenorizada de uma página da Internet pode encontrar obstáculos que na prática tornarão impossível a produção da ata notarial. Isso pode acontecer, por exemplo, em sites que atualizam automaticamente o seu conteúdo em breve intervalo de tempo, e que

---

<sup>54</sup> Complementando, temos ainda o disposto no artigo 364 do Código de Processo Civil, *ipsis literis*: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

possuem na página da qual quer se extrair o conteúdo de forma documental tantos itens que é impossível realizar sua descrição em tempo hábil. Há que se citar dois casos notórios: o UOL e o Terra possuem sites que são atualizados em questão de minutos, automaticamente, sem a intervenção do usuário. Imagine que alguém pode estar solicitando ao notário que faça a ata notarial para provar a violação de direitos relativos à utilização de logomarca que apareceu em uma propaganda indevidamente, sem autorização do proprietário. O notário começa a fazer a descrição da página e seu conteúdo, pormenorizadamente, porém, antes que chegue ao ponto no qual está o ponto central do documento, a página é atualizada e a propaganda é trocada, impossibilitando que a ata seja produzida adequadamente. É claro que o notário ainda pode colocar no documento que ele viu e presenciou tal fato, mas será um paliativo em virtude do que poderia realmente ter sido produzido como prova.

O ideal é que o notário ao começar a realizar o serviço capture imediatamente a imagem da página em questão e a insira dentro do arquivo da ata notarial e, então, passe a fazer a descrição do que presenciou, sendo que, inclusive, não há necessidade de se entrar em mínimos detalhes, podendo relatar apenas o necessário referente ao que se quer produzir como prova e, claro, declarando que a imagem do site em questão é fidedigna e que representa a realidade dos fatos, uma vez que isso já será suficiente para o devido conhecimento do juízo. Há que se tomar cuidado para não minimizar demais a descrição da página em questão, não é raro que uma informação dependa de outra, assim, deve-se evitar deixar de mencionar alguma parte do conteúdo que seja relacionado ao assunto no qual quer se desenvolver a prova, uma vez que essa falta pode diminuir o valor probatório desejado e, em casos extremos, até mesmo invalidar tudo o que foi feito.

Toda ata notarial deve vir com a data e hora de sua criação, e em caso do uso de qualquer informação tecnológica, também com data e hora de sua utilização, por exemplo, se a descrição for a respeito de um site, deve ser colocada nesta a data e hora do momento em que houve o acesso.

Aquele que desejar o documento oficial exarado pelo notário deve seguir até o cartório de notas desejado e em seguida solicitar que o mesmo acesse o endereço da internet desejado, por exemplo, <http://www.stf.jus.br>. Com o site aberto, passa a autenticar o objeto desejado, que pode ser desde todo o conteúdo existente, ou apenas uma parte da página sendo exibida, ou em casos de calúnia, difamação e injúria apenas o conteúdo dos ilícitos. Se o objeto em questão for texto, a transcrição deve ser fiel, copiando literalmente o texto contido na página,

inclusive com erros de digitação e gramaticais, assim, é necessário estar atento caso esteja usando algum programa com corretor ortográfico automático, como o Microsoft Word para a feitura da ata, uma vez que determinados erros de digitação são corrigidos automaticamente, muitas vezes sem que ninguém perceba. O notário pode capturar a tela que está sendo exibida e anexá-la na ata, ou até mesmo uma pequena parte desta, fazendo um enquadramento, se assim o preferir. Caso necessário, também podem ser feitas pequenas edições, como por exemplo, o destaque da área ou texto desejado, ou até mesmo o efeito de zoom, caso o notário tenha condições de fazê-lo ou pequenos cortes de áreas que não interessam ao objeto. É bom ter em mente, no entanto, que isso sempre gerará dúvidas, assim, deve ser evitado qualquer procedimento de edição, principalmente que exijam trâmites complexos. Se, por exemplo, a imagem capturada estiver ficando demasiadamente pequena ao ser impressa, de tal forma que impeça sua leitura normal, pode a imagem ser dividida em tantas quantas partes forem necessárias para a correta visualização do conteúdo, desde que o notário faça a descrição apropriada dos passos realizados. Desse modo, evita-se a edição da imagem e, principalmente, não há nenhum tipo de corte ou exclusão de área, por mais insignificante que seja, impedindo um eventual pedido de óbice da utilização da prova pela parte contrária. Nos casos de manipulação da imagem, deve o notário descrever na ata notarial pormenorizadamente todos os passos que foram efetuados e o que foi feito. Do mesmo modo, é de bom tom ser informado quando não houver nenhuma alteração, afirmando que a imagem está exatamente como foi visualizada.

Quando a página a ser transcrita for de um site que exija senha, como o Orkut, Facebook, entre outros, deve o solicitante fornecer ao notário todos os meios necessários para que este possa exercer plenamente seus serviços, atingindo o objetivo proposto pela ata notarial. Os dados, como nomes de usuário e senhas, fornecidos e utilizados não podem ser de terceiros estranhos ao objeto, devendo pertencer estritamente ao solicitante. O mesmo vale para sites de webmail, como o Hotmail, GMail, entre outros.

Também é possível fazer o registro de áudio publicado na Internet. Caso seja uma conversação, deve-se realizar a transcrição literal do que está sendo dito, colocando por escrito até mesmo os erros, gírias, interjeições, informalidade e afins da conversação.

Agora, imagine-se a seguinte situação: quer-se realizar o registro em ata de um trecho de áudio no qual alguém sofreu uma acusação, no entanto, a gravação toda tem cerca de 1 hora de duração, sendo que o trecho com a ofensa não passa de 2 minutos. Como proceder? O

notário nesse caso informará na ata a duração total do áudio em questão e que, para fins do objeto principal, passa a fazer a transcrição a partir do minuto X até o minuto Y, trecho no qual se encontra o real interesse da ata em questão. Assim, não é necessário exarar em ata toda a conversação, que afinal, não teria sentido e tampouco utilidade em uma eventual ação processual. Deve-se tomar muito cuidado de forma a não desvirtuar o que está sendo transcrito. Não é raro alguém pinçar uma única frase de toda uma conversação, o que isoladamente, passa a ter uma conotação muito diferente do que no contexto geral. Assim, deve o notário ao ser solicitado para exarar apenas um trecho do áudio, usar de parcimônia, sendo que o ideal é ouvir tudo para se ter certeza que não estará produzindo uma prova descabida. Por esse mesmo raciocínio, é importante que seja guardado, para a possibilidade de contraditório, o áudio em sua integralidade, mesmo que a transcrição tenha sido completa, mas principalmente nos casos de transcrições de pequenos trechos.

Uma complementação muito interessante e importante é realizar a gravação do áudio em questão em CD (o ideal é gravar no mínimo umas duas ou três cópias, para se prevenir nos casos de defeitos), assim, posteriormente, podem-se tirar quaisquer dúvidas que parem em uma eventual ação judicial. Caso o áudio seja gravado em formato de arquivo digital, como um MP3, por exemplo, o ideal é que juntamente com o arquivo seja gravado também o *hash* de um algoritmo escolhido, preservando e fornecendo informações suficientes para determinar a autenticidade do mesmo. O *hash* gerado também pode ser citado na ata notarial, preservando assim ainda mais a autenticidade da prova em questão.

Com a explosão e popularização de serviços que possibilitam a publicação de vídeos, como o Youtube, Facebook e tantos outros, é natural que possam ser usados como meio de prova em processos judiciais. Isso pode ser feito por meio da ata notarial. Para tanto, o notário deve acessar o site ou o local no qual está disponível o vídeo e passar a fazer a descrição fiel do que está vendo na ata.

Suponha que o vídeo tenha 1 hora de duração, mas o que interessa para os fins processuais é um trecho de 1 minuto, o que fazer? O notário pode, a pedido da parte interessada, fazer uma breve descrição sobre o local no qual o vídeo foi acessado, sobre o que este se trata e em seguida passar a informar os motivos para os quais será feito o detalhamento pormenorizado do trecho X a Y do vídeo mencionado passando em seguida a transcrever tal trecho. Não há sentido em se transcrever informações desnecessárias. No entanto, o notário antes de exarar a ata, deve assistir ao vídeo completamente, evitando que a produção de

provas incompletas, uma vez que não é difícil que se transcrevendo apenas um trecho de um determinado vídeo toda uma situação seja tirada de seu contexto original, provocando outra ideia dos fatos que realmente aconteceram. Por isso mesmo é imprescindível que nos casos de transcrições de apenas partes do vídeo, que este seja armazenado e fique disponível em sua totalidade para o juízo, bem como também para um possível contraditório.

Vídeos da Internet por vezes são mais difíceis de serem copiados e armazenados. Não é objetivo de este trabalho demonstrar detalhadamente como fazer essa obtenção, mas é possível copiar virtualmente qualquer vídeo existente, de qualquer site. Para os navegadores Firefox e Chrome, existem extensões gratuitas que possibilitam baixar vídeos do Youtube de praticamente qualquer site. O Real Player também faz transferências de vídeos, sendo que, nos casos que essas alternativas não funcionarem, há a possibilidade de se fazer a cópia utilizando, por exemplo, o Camtasia Studio, numa opção mais radical, ou um programa chamado Replay Video Capture, que literalmente “filma” uma parte selecionada do monitor. O ideal é que seja contratado um profissional que faça a cópia do vídeo e a grave em CD ou DVD (o ideal é ter de 2 a 3 cópias, por garantia). Sempre que possível deve-se fazer o armazenamento no formato original ao qual o vídeo foi disponibilizado, porém, quando isso não for possível, nada impede que seja feita uma conversão, desde que conste tal informação e qual foi o procedimento adotado na ata notarial.

O vídeo armazenado digitalmente tem particularidades com as quais muitas pessoas não estão familiarizadas. Destarte, é necessário, em todas as hipóteses, um *codec* apropriado para a reprodução com sucesso do vídeo em questão. Os mais conhecidos na Internet são o Xvid e o Divx. No entanto, ao se fazer transferência de arquivos, por exemplo, do Youtube, os mesmos vêm no formato original disponibilizado pelo site, qual seja, FLV, que é relativo ao Flash Player. É interessante que juntamente com o vídeo original e o *hash* correspondente, seja gravado no CD ou DVD o *codec* apropriado para a correta visualização de imagem e áudio, ou seja, que se deem todos os subsídios possíveis para que quaisquer outros interessados possam visualizar o vídeo em questão sem maiores problemas. Existem formatos nos quais isso não é necessário, por exemplo, o WMV é um formato nativo existente no Windows e não há necessidade de programas adicionais para a visualização do vídeo.

Os atos para transferência, armazenamento e conversão dos vídeos devem ser feitos na presença do notário ou realizados por este, que informará na ata notarial quais os procedimentos foram adotados e que este presenciou cada etapa do processo, garantindo

assim que não houve modificações, alterações ou adulterações no vídeo final produzido, correspondendo à cópia fiel do vídeo original, de forma que possa ser plenamente utilizada em juízo, sem levantar objeções.

Quando se fala em imagens, cogita-se o seu sentido amplo, ou seja, pode ser uma foto, um logotipo, figuras, propagandas, entre outros. O notário, a pedido da parte, pode fazer a ata informando o endereço da Internet no qual está sendo feita a visualização e imprimir apenas a imagem desejada. Caso necessário, para melhor comprovação do fato, deve-se fazer a impressão de todo o conteúdo e assim o colocar na ata, de modo que a prova produzida seja robusta.

Nesse caso, como se trata apenas de constatação da existência de imagens, não há necessidade de detalhamento na ata. O notário pode se concentrar em detalhar especificamente o objeto central ao qual a ata tem o propósito de estar sendo feita e complementar com informações suficientes que tornem o documento compreensível e que seja possível distinguir em qual site ou em lugar da Internet tal imagem se encontrava.

Há que se tomar cuidado com a pornografia e pedofilia. É óbvio que não há necessidade de ainda maior exposição de pessoas que foram afetadas por outras que não têm o mínimo de escrúpulos. A ideia central aqui é se preservar a dignidade da pessoa afetada, de modo que o constrangimento não se propague. Hoje, infelizmente, já é relativamente comum surgirem na Internet vídeos de situações íntimas, que no primeiro momento tanto uma quanto a outra pessoa (ou pessoas) envolvidas, prometem ou juram que aquele vídeo ou foto jamais sairá dali, que vai apagar depois etc. O problema ocorre justamente quando o relacionamento acaba e, por vingança, o vídeo ou foto acaba sendo publicado na Internet. Como não há anuência de ao menos um dos envolvidos, essa pessoa que teve sua vontade contrariada está a sofrer dano de ordem moral e psíquica, portanto, ao se fazer a prova deve-se tomar extremo cuidado, colocando em ata a informação mínima necessária para a correta compreensão da situação.

O notário nesses casos deve proceder a uma descrição mínima compreensível dos fatos, indicando qual o endereço (URL) as imagens estão disponíveis no momento da confecção da ata. Deve-se a todo custo evitar mencionar qualquer informação de cunho pornográfico ou sexualmente explícito. Caso necessário uma descrição mais explícita de algum fato, é de bom tom usar a terminologia médica, evitando o vernáculo chulo.

Em situações de pedofilia há de se tomar ainda mais cuidado. É óbvio que em qualquer caso de situações sexuais explícitas não deve haver nenhum tipo de atitude que colabore com a propagação das imagens, mas com crianças, esse cuidado deve ser redobrado, em virtude de sua fragilidade.

Em todos os casos a identificação dos envolvidos deve ser feita por escrito, evitando colocar qualquer imagem na ata notarial, a não ser em casos realmente extremos. No entanto, pode o notário realizar pequenas edições de imagens de forma a enquadrar, por exemplo, o rosto dos envolvidos, possibilitando uma forma de identificação mais precisa, bastando para tanto descrever criteriosamente na ata todos os passos que foram necessários para obter o resultado final que foi ali disponibilizado. É importante lembrar que o notário não é obrigado a fazer tal edição, aliás, não será nada incomum que o responsável não saiba como atender essa solicitação, sendo assim impraticável o uso de imagens. O importante nos casos de conteúdo de sexo explícito não são as imagens, mas sim a correta descrição dos fatos e a identificação dos responsáveis sempre que possível.

É possível aliar a ata notarial juntamente com fotografia e vídeo digital de forma a dar perfeita autenticidade a estas, evitando sua impugnação ao ser utilizada em juízo.

A utilização de ata juntamente com imagens digitais só é possível nos casos que se saiba com antecipação como serão produzidas, uma vez que será necessário que o notário acompanhe a pessoa que fará a filmagem ou que tirará as fotos, presenciando o ato, dessa forma será feita uma descrição pormenorizada dos fatos em ata, indicando que foram feitas imagens digitais de determinadas situações, que também constarão da ata, devendo ser impressas conjuntamente. Nesses casos deve o notário acompanhar todos os passos para a produção das mesmas. Nos casos de vídeo deve o notário realizar a transcrição o mais detalhadamente possível. É importante que as imagens que forem ser utilizadas em eventual processo sejam gravadas em CD ou DVD, constando essa informação na ata. Para dar ainda mais segurança ao processo é imprescindível gerar o *hash* das imagens e colocar essa informação na ata notarial bem como juntamente com as fotografias dentro do CD ou DVD em que foram gravadas.

É interessante a junção dessas duas formas de prova uma vez que se evita assim o questionamento e impugnação das imagens digitais, impedindo que seja alegado que houve manipulação, alteração ou adulteração destas. A legislação nacional pode ser usada para

questionar o uso da fotografia digital, uma vez que conforme nossa legislação atual, no artigo 385, §1º, do Código de Processo Civil, “Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo”. Ocorre que nosso Código de Processo Civil é de 1973, quando nem mesmo se imaginava a possibilidade de captura de imagens por dispositivos digitais, que não usassem filme. O direito muda e acompanha a evolução da sociedade, porém em um ritmo aquém do desejado. Assim, temos que lançar mão de todos os recursos que temos à disposição para validar provas que não previstas tacitamente em nossa legislação. A solução aqui apresentada, qual seja, o uso conjunto de imagens digitais com a ata notarial resolve esse problema.

É possível fazer uma ata notarial para a devida comprovação de que um documento eletrônico foi impresso em papel. Para tanto, há duas alternativas: 1) leva-se ao cartório o documento eletrônico e também a versão impressa, solicitando ao notário que proceda à verificação de conformidade de ambos, para então redigir a ata notarial descrevendo que os documentos impressos correspondem ao conteúdo do arquivo digital. O notário deve identificar os documentos impressos, numerando, rubricando ou autenticando os mesmos, de forma a lhes dar legitimidade. É interessante que o solicitante guarde cópias do arquivo digital em CD ou DVD e também proceda a determinação do *hash* correspondente, e se assim o fizer, que peça ao notário que faça essa informação constar da ata. 2) Leva-se ao cartório apenas o documento eletrônico e solicita-se ao notário que faça a ata notarial. Nesse caso não há necessidade de se fazer a impressão do documento em separado, basta uma pequena descrição do notário a respeito dos fatos que estão sendo feitos, informando que na sequência da ata virá a impressão fidedigna do documento eletrônico apresentado. Assim, a impressão fará parte da própria ata em si.

Em processos de violação de direitos autorais ou assemelhados, pode ser que seja necessário produzir prova de que o script ou código fonte foi copiado e utilizado sem autorização, ou por outros motivos quaisquer.

Para obter o código fonte de uma página da Internet, basta em qualquer navegador, clicar com o botão direito do mouse sobre a área desejada, e então no menu que é aberto escolher “código fonte” ou “exibir código fonte” ou “exibir código fonte da página”. Uma forma mais rápida de obter o mesmo resultado é pressionando o conjunto de teclas CTRL+U. O programa abrirá uma nova janela contendo o código correspondente à página sendo exibida. É importante que em alguns casos tenha um perito realizando tal operação de forma

que o conteúdo a ser colocado em ata seja exatamente o desejado, uma vez que existem inúmeras funcionalidade e linguagens existentes na Internet, o que não raro, permite que um engano seja cometido ao visualizar o código fonte, não exibindo o que necessariamente se quer. Pode-se citar ao menos um caso, como exemplo: o uso de frames, que “fragmenta” a página, muitas vezes sem que isso seja perceptível. De posse dessa informação, o notário pode recortar uma parte do código, a que interessa ao verdadeiro objeto da ata, ou então colocar todo ele na impressão. Em ambos os casos deve o notário fazer uma breve descrição do que está sendo feito e informar qual o endereço (URL) que está sendo examinado o código fonte em questão. Para poupar folhas a serem impressas, pode o notário realizar breve edição no código a ser impresso, retirando as linhas em branco existentes e que não fazem diferença no resultado final. A remoção destas é de caráter simplesmente estético e não comporta alteração ou adulteração de conteúdo.

Também é possível obter ata notarial de código fonte de mensagem de e-mail. Todo e-mail enviado tem uma codificação, que não é exibida, mas que contém muitas informações importantes para a produção probatória. Na verdade, no caso das mensagens eletrônicas, não se trata exatamente de um código fonte, mas sim de codificação a respeito do que foi feito para o envio e recebimento da mensagem. Cada programa de gerenciamento de e-mail possui uma maneira própria para visualizar essa codificação, por exemplo, no Microsoft Outlook 2010, com a mensagem aberta, no menu “Marcas”, cliquem em “Opção de Mensagem”. Uma janela com as propriedades da mensagem será aberta, apresentando as informações de codificação na caixa “Cabeçalhos de Internet”. O processo para obter tais dados dentro do Gmail é um pouco diferente: abra a mensagem desejada; ao lado do botão “Responder” no canto superior direito da página, haverá uma setinha, clicando nela abrirá um menu, que terá a opção “Mostrar original”; clicando nesta opção uma nova janela será aberta no navegador, contendo a codificação do e-mail selecionado. No Hotmail o procedimento não é muito diferente. Abra a mensagem desejada, ao lado do botão “Responder” há um botão com uma seta, que ao clicar abre um menu contendo a opção “Ver mensagem original”. Clicando nessa opção será aberta uma janela com a codificação da mensagem selecionada. Enfim, todos os programas de gerenciamento de e-mails, bem como as plataformas existentes de webmail possuem opções para ver a codificação original das mensagens. Nesses casos, o notário deve fazer a ata notarial com todas as informações constantes, não podendo fazer nenhum tipo de edição, e em hipótese alguma deve retirar qualquer tipo de informação, por mais insignificante que pareça no momento. As informações constantes nessa codificação podem,

em caso de perícia, identificar o autor da mensagem e de qual computador ela foi emitida. Isso é importante nos casos de ameaças, calúnia, difamação, injúria e assim por diante. Todo e qualquer programa para gerenciamento de mensagens eletrônicas possui essa funcionalidade, de exibição do código fonte, basta saber onde está ou então procurar pela função desejada. Devido à enormidade de programas existentes é inviável colocar neste trabalho como se encontra essa opção em cada um deles. Caso exista dúvida ou não se saiba o local desta opção em um programa específico, o ideal é que se contrate um técnico.

Há uma miríade sem fim de computadores e dispositivos eletrônicos que controlam praticamente tudo o que acontece na internet, com um número ainda superior de programas destinados a realizarem as mais diversas tarefas. Em sua grande maioria, todos eles, produzem uma série de arquivos chamados de *logs*, sendo na verdade um diário de tudo o que acontece mediante a sua intervenção. Dessa forma, se alguém acessa um site, é criada uma entrada correspondente no *log* de vários programas e dispositivos, gravando diversas informações, por exemplo, o número IP de quem acessou, o que acessou, a data e hora, entre outras peculiaridades.

Essas informações podem contribuir decisivamente para a solução de uma lide, ao identificar o computador que originou o acesso e conseqüentemente o responsável, bem como o que foi feito e como. No entanto, tais dados nem sempre estão disponíveis de maneira fácil para uma pessoa que não tenha profundos conhecimentos de informática, sendo necessário um perito para extrair e analisar os dados necessários.

A ata notarial nesses casos servirá para dar credibilidade aos dados. O notário, ao ser requisitado para elaborar tal serviço, deve se dirigir ao local em questão, juntamente com um perito caso necessário. Faz-se a extração dos dados na presença do notário. Dessa forma, ao elaborar a ata, o notário deve fazer uma descrição detalhada dos procedimentos que foram adotados, para em seguida colocar as informações constantes do log em questão. A ata não precisa conter todos os dados existentes do log, apenas o que for de interesse do solicitante, pois a utilização de todo o *log* para a confecção da ata poderia facilmente ficar em milhares de páginas, retirando assim a sua utilidade prática, pois inviabilizaria qualquer análise dos dados, o que sem dúvida é o almejado.

O raciocínio utilizado nos itens anteriores também se aplica aqui. Caso haja interesse, e é interessante que seja feito o armazenamento, deve o interessado exportar os dados

constantes do log. O próximo passo é gerar o arquivo de *hash* correspondente, gravando-os em seguida em um CD ou DVD. É importante que o *hash* faça parte da ata notarial, evitando assim questionamentos futuros a respeito dos dados gravados.

Como se pode ver, as informações estão disponíveis na Internet e podem ser acessadas praticamente por quaisquer interessados, sendo que na ampla maioria dos casos não existe um prazo de validade, de modo que estas informações podem ficar publicadas eternamente. Por óbvio que há um lado positivo em se ter informação a qualquer momento que se desejar, no entanto, o ser humano não foi projetado para se lembrar de todo e qualquer acontecimento que presenciou ou teve acesso, pelo contrário, este foi projetado de forma que se esqueça da maior parte de informações que recebeu. Destarte, cabe analisar se há ou não um efeito negativo em tal armazenamento infinito de indelével, e, portanto, se não cabe a qualquer pessoa o direito ao esquecimento relativamente às informações publicadas na Internet.

## **CAPÍTULO 4 - DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO VIRTUAL**

A tecnologia e sua evolução constante, exponencial. A repetição desta frase e similares está se propagando também em qualquer texto que fale sobre tecnologia, meios virtuais, Internet ou qualquer coisa atrelada a dispositivos eletrônicos. Não é para menos, é fato notório. É inegável que tal avanço ajude a humanidade como um todo, fornecendo uma evolução artificial, fazendo com que a nossa espécie dê saltos rumo ao futuro, buscando alternativas para erradicar diversos males, como ausência de informações, liberdade de expressão, transparência dos governos, entretenimento e cura de doenças, para ficar apenas no mais óbvio.

Mas nem tudo são notícias positivas. A expansão do dito “mundo virtual” vem acompanhada de uma capacidade de armazenamento que até pouco tempo atrás era impensável a qualquer pessoa. Aliás, essa capacidade cresce em taxas até mesmo superiores à da própria evolução da tecnologia, guardando tudo, muito provavelmente para todo o sempre.

Essa é uma notícia negativa. Até que ponto essa capacidade de armazenamento praticamente infinita é algo positivo? Como ficam as pessoas que tiveram sua intimidade divulgada nos meios virtuais e não conseguem remover esse conteúdo? E quanto a condenações? As injustas é algo cristalino de imaginar que não deveriam continuar a existir informações sobre elas, mas, e as justas? Uma pessoa que cometeu um crime e pagou sua pena integralmente, não está quite com sua obrigação perante a sociedade? Será que tais informações não deveriam deixar de existir após determinado tempo? Pior ainda: e os casos nos quais as informações foram divulgadas sem o conhecimento de quem está envolvido? Ou sem o devido consentimento? Como ficam a intimidade e privacidade das pessoas?

As respostas para tais perguntas não são simples e passa por um debate: o direito ao esquecimento *versus* pena perpétua. Esse é o âmago: o direito ao esquecimento. Tal discussão sem dúvida está diretamente atrelada aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A sensação que as pessoas têm hoje em dia é que estão totalmente desprotegidas em relação ao mundo virtual. Para que qualquer coisa seja disponibilizada na Internet, por exemplo, não é necessário nenhum tipo de identificação, nem mesmo alguma espécie de

autorização para a divulgação de dados, documentos, áudio e vídeo. Vídeo é sem dúvida a maior preocupação da sociedade e das autoridades. Atualmente praticamente qualquer dispositivo eletrônico tem embutido uma câmera com capacidade para tirar fotos e fazer pequenos filmes. Não é raro pessoas se sentirem à vontade e realizarem filmes caseiros em sua intimidade, mas, um pequeno deslize, como a perda do dispositivo, furto, vingança, até mesmo por meio de lojas de consertos no caso de defeitos, pode fazer com que o vídeo seja exposto na Internet. A velocidade com que a informação se propaga é tamanha, que praticamente não há nada a ser feito com a efetividade necessária que faça esse vídeo desaparecer do mundo virtual. Pode-se até retirá-lo de um ou outro *site*, mas uma vez disponibilizado, certamente haverá pessoas que farão cópias do mesmo e o disponibilizarão em outros locais, tornando o esforço da pessoa atingida praticamente inútil.

Enfim, são inúmeras as situações que podem colocar qualquer indivíduo em um problema no qual ninguém terá controle, o que pode representar, no fim das contas, como uma pena perpétua, pois a informação ficará eternizada nos meios virtuais, disponível de modo fácil a qualquer pessoa que tenha o interesse em realizar qualquer tipo de pesquisa relacionada ao assunto, o que, em última análise, pode vir a ser prejudicial àquele que foi exposto. Mas, será que o ordenamento pátrio não traz nenhuma previsão sobre o assunto? Talvez não tenhamos uma resposta expressa, límpida e cristalina como muitos desejariam, mas é certo que as normas existentes, juntamente com princípios e direitos fundamentais do ser humano já protegem o interesse do indivíduo.

Há que se fazer uma crítica ao sistema tecnológico existente, buscando, por meio do método indutivo-dedutivo chegar à conclusão de que o direito ao esquecimento é insofismável a qualquer pessoa, tenha ela acesso ou não aos meios cibernéticos, utilize ou não a Internet. O objetivo é determinar que todos têm direito ao esquecimento, intrínseco ao ser humano, já que ninguém consegue se lembrar de tudo o que ocorreu em sua própria vida, não sendo possível, portanto, admitir que a tecnologia, ainda que bem vinda, prejudique e atente contra princípios fundamentais, devendo se respeitar, principalmente, a vontade, intimidade e privacidade do indivíduo.

## 4.1 Direitos fundamentais e pessoa humana

A Constituição Federal em seu artigo 5º traz insculpidos os direitos fundamentais garantidos a todos os residentes no Brasil<sup>55</sup>. Não obstante, temos também o Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que traz diversas proteções ao indivíduo<sup>56</sup>.

A Constituição tem sentido sociológico, político e jurídico. Com o sentido sociológico ela se aproxima do poder social, foi concebida como fato social, não como norma propriamente dita. A Constituição é o resultado do momento histórico do país, de sua realidade social, das forças que exercem o poder na sociedade. A representação desse poder se dá de forma escrita, mas não pode apenas ficar como “folha de papel”, conforme ensina Michel Temer:

---

<sup>55</sup> Veja o artigo 5º, incisos IX e X da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>56</sup> Pacto de San Jose da Costa Rica, artigos 11 e 13:

(...)

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

(...)

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
  - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica, sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma ‘folha de papel’. A sua efetividade derivaria dos fatores *reais* do poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a ‘folha de papel’ – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da ‘folha de papel’) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da ‘folha de papel’, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*<sup>57</sup>.

O texto constitucional, portanto, não é apenas para ficar “no papel”. Ele deve ser aplicado com sua máxima força, a fim de servir a todos os seus objetivos, principalmente visando o bem estar social. A sociedade, legitimadora do poder que possibilitou a Constituição, espera dos Poderes o retorno adequado a todos os seus anseios, ou seja, as liberdades, garantias e, principalmente, direitos fundamentais.

Cabe, portanto, aos operadores do direito a responsabilidade de fazer valer o texto constitucional, em seu verdadeiro propósito, considerando, principalmente, o conceito da dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais podem e devem ser aplicados autonomamente, utilizando toda a força emanada por estes, sempre considerando o sopesamento do indivíduo com a sociedade. Não se deve, no entanto, utilizar a dignidade da pessoa humana de forma superficial, para que esta não caia em vala comum, conforme ensina ALEXY:

O que se pergunta é se o indivíduo tem um direito subjetivo constitucional a essa proteção, e como esse direito deve ser fundamentado. (...) dever estatal de proteger a dignidade humana, (...) transfere o dever de proteção aos direitos fundamentais subsequentes. A vantagem dessa construção reside no fato de ela se apoiar diretamente no texto constitucional; sua desvantagem, no fato de que ela se vê diante do dilema de ou ampliar de forma extrema o conceito de dignidade humana, para poder abarcar tudo aquilo que seja digno de proteção, o que implica o sempre suscitado risco de trivializar a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção<sup>58</sup>.

Para que haja a efetivação das normas constitucionais, não permitindo que sejam apenas “pedaço de papel”, basta a aplicação do disposto na Carta Magna para obter a

<sup>57</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 22.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009, p. 454.

plenitude de seus mandamentos, reservando conceitos que exigem uma maior dose de subjetividade para os casos nos quais serão imprescindíveis, ou seja, para a utilização da dignidade da pessoa humana deve-se ter precisão cirúrgica, atingindo o propósito adequado, não suscitando-a de forma genérica, para que assim atinja a aplicação desejada, impedindo argumentação em sentido contrário.

Esse é perfeitamente o caso dos direitos em estudo. O direito da comunicação, informação, intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas e dignidade são perfeitamente aplicáveis por si sós.

A comunicação tem tido um crescimento exponencial nas últimas décadas com o surgimento dos meios virtuais e equipamentos eletrônicos multifunções, o que sem dúvida confirma que ela é um novo direito social, sendo uma necessidade básica do ser humano. O direito de se comunicar está atrelado também ao de informar, permitindo assim uma livre circulação de ideias, tornando públicos fatos do cotidiano a milhares, milhões de pessoas, instantaneamente, permitindo que qualquer pessoa possa exercer seu direito à cidadania.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 19º assegura que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por quaisquer meio de expressão”.

Antigamente, a comunicação ficava restrita às empresas que geriam as informações, por exemplo, redes de televisão, jornais e revistas. Hoje, qualquer pessoa pode exercer essa função, por meio das redes sociais, *blogs*, *sites*, enfim, inúmeros serviços disponíveis na Internet.

O exercício da cidadania passa assim pela comunicação, pela informação, que no fundo também ressalta o poder das massas, restaurando atualmente um equilíbrio há muito perdido, pois hoje em dia já não é mais possível manipular a opinião pública tão facilmente quanto outrora. No entanto, o ser humano, em seu âmago, procura, discute e repassa muito mais informações negativas do que positivas. Esse é um problema crítico, pois coloca, teoricamente, em conflito, os direitos constitucionais, por exemplo, da comunicação e informação contra intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas e dignidade.

Não existem “classes” de direitos constitucionais. Um direito não está acima do outro, então há que se fazer um sopesamento dos direitos envolvidos quando da análise do caso concreto. Toda pessoa precisa resguardar sua intimidade, vida privada, honra, imagem e dignidade, sem dúvida alguma. Mas os direitos à comunicação e informação também permitem que os membros da sociedade tenham acesso ao que acontece com os seus pares.

O caso concreto é que fornecerá os elementos necessários para que o operador do direito tenha condições de estabelecer quando é o caso de prevalecer o direito de comunicação e informação, ou da intimidade, vida privada e os demais aqui em comento. Não há uma regra que possa ser aplicada a todos os casos igualmente, pois há uma carga subjetiva considerável a ser levada em conta quando se fizer o sopesamento entre tais direitos, por exemplo, uma pessoa que tem sua vida pública não pode exigir que sua visita a uma loja fosse considerada de ordem íntima. Mais, não pode o político, que trabalha diretamente com verbas públicas, dizer que seu patrimônio não pode ser exposto por não ser de interesse da população. Por outro viés, não pode a mídia se usar da imagem pública de uma pessoa notória de modo que seja mais fácil aumentar seus ganhos financeiros, explorando a imagem sem que ofereça nenhuma vantagem financeira em troca. Por sua vez, uma pessoa simples, sem notoriedade, não pode ter seus bens devassados e colocados ao público para que qualquer um veja suas posses ou tampouco ter sua imagem explorada pela mídia com finalidade de aumentar a audiência televisiva ou a venda de revistas e jornais<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões sobre o assunto, que se traz à baila por meio dos julgados abaixo:

A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ministro Massami Uyeda, relator do recurso Resp 783.139.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa. Ministro Cesar Rocha, Resp 595600.

Embora livres e independentes no direito e dever de informar a sociedade, os meios de comunicação estão limitados no Estado de direito às garantias fundamentais, entre as quais [...] a honra das pessoas que, em tema de repressão ao crime e à improbidade, há de estar permanentemente sob a perspectiva da presunção de não culpabilidade, por igual, inculpada na Constituição da República. Ministro Hamilton Carvalhido. Apn 388 - Corte Especial do STJ.

Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. Ministro Luis Felipe Salomão. Resp 706.769.

O direito de comunicação e informação, portanto, sempre estará em constante choque com os direitos atinentes à pessoa, o que requer dos envolvidos um maior cuidado ao exercerem o papel de informador, pois com os meios virtuais praticamente não há como se retirar algo definitivamente da Internet, devido ao seu próprio funcionamento, caótico e também voltado à replicação. A informação uma vez disponibilizada é armazenada localmente pelo provedor de serviço na qual foi divulgada e também por indexadores, como o Google, Bing, entre outros, que também fazem uma cópia para manter em seus servidores, dificultando ainda mais o trabalho de quem quer se livrar de alguma informação.

Para Gomes Canotilho as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas corriqueiramente como sinônimas, no entanto, uma distinção entre ambas pode ser feita: direitos do homem são aqueles válidos para todas as pessoas e em todos os tempos, representando assim uma dimensão jusnaturalista-universalista. Já os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalizadamente garantidos. Os direitos do homem emanam da própria natureza humana e assim tem o seu caráter inviolável, bem como atemporal e universal. Os direitos fundamentais, por outro lado, são os direitos vigentes dentro de uma ordem jurídica<sup>60</sup>.

Norberto Bobbio ensina que saber os direitos fundamentais não é tão importante quanto a sua devida aplicação, pois de nada adianta a definição de quais e quantos são se não houver a efetiva utilização destes, os transformando em garantias que possam ser exercitadas de fato pelas pessoas. Bobbio preleciona:

Não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>61</sup>.

Dessa forma, para a aplicação dos direitos fundamentais, há que se passar também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que foi insculpido na Constituição Federal de 1988 e constitui, sem dúvida alguma, um dos marcos do direito nos dias atuais e, portanto, um enorme avanço ao se tratar do bem estar de todas as pessoas<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993. p. 547.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004, p. 30.

<sup>62</sup> Apenas para lembrar, veja-se o artigo primeiro da Carta Magna:

O conceito da dignidade da pessoa humana é considerado pela imensa maioria dos doutrinadores como muito aberto e amplo, fazendo com que surjam questionamentos sobre sua aplicação e amplitude, baseados principalmente em questionamentos sociais e científicos. No entanto, tal abertura e amplitude ocorrem em virtude de se poderem exprimir novos entendimentos aos efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação deste princípio ocorre perante os direitos fundamentais que estão dispostos da Carta Magna. Kant, por meio de seus pensamentos, permite um melhor entendimento sobre o sentido que deve ser extraído deste princípio, no qual diz sobre o homem e sua racionalidade:

[...] existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim. [...] o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional<sup>63</sup>.

O homem precisa e deve ser respeitado em toda a sua dignidade, levando em consideração seu valor de fim e não apenas de meio, vez que a dignidade da pessoa humana eleva por meio de uma imposição o ser humano ao ponto central de todo o sistema jurídico, no sentido de que o Direito Positivo é feito para a pessoa e sua realização existencial. A Constituição Federal de 1988 elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo, exarando que a dignidade do homem, ou seja, a dignidade da pessoa humana, é inviolável.

O Estado deu uma garantia a todos quando insculpiu a dignidade da pessoa humana como garantia fundamental, pois deste princípio emana a segurança que todos podem e devem ter de que poderão viver de forma digna, o que, obviamente, engloba também o direito ao esquecimento.

O esquecimento, inerente ao ser humano, pode ser considerado um direito fundamental e também protegido sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Trata-se,

---

## TÍTULO I

### Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>63</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2000, p. 59.

portanto, da questão de existir um meio no qual possa se ter um mínimo de controle sobre o tipo de informação que é armazenada e divulgada a respeito de um indivíduo. Não sendo figura pública, não há que se falar em interesse coletivo para que as informações sejam armazenadas e disponibilizadas ao público *ad eternum*. Não há justiça se um ato desabonador praticado há 30 anos ainda é usado como fator desagregador a uma pessoa, sendo que, não raro, o próprio interessado talvez não se lembre mais do ocorrido, ao menos não com a riqueza de detalhes que o armazenamento digital proporciona, não podendo, assim, nem mesmo corroborar com o que está escrito a seu respeito, o que é sem dúvida, uma violação dos princípios, garantias e direitos fundamentais constitucionais, bem como a dignidade da pessoa humana, pois, até mesmo qualquer meio de defesa que for ser utilizado em benefício daquele atingido, na verdade será usado contra si, pois apenas trará mais evidência a fatos que deseja sejam esquecidos.

O Direito deve procurar uma maneira de satisfazer os anseios da sociedade, mas também do indivíduo, vez que não é justo uma pessoa ter uma informação sua armazenada e divulgada eternamente em um meio de comunicação ao qual não se tenha nenhum tipo de controle, configurando também uma violação à Constituição.

Não se pode esquecer, inclusive, que os meios virtuais também são considerados meios de provas hábeis a serem utilizados em processos. Assim, a prova eletrônica, terá que ser impugnada e debatida, o que revela novamente o lado nefasto do armazenamento de tais dados sem limitação temporal, pois um assunto que poderia estar esquecido é trazido à tona novamente, prejudicando a pessoa que imaginava que determinado ponto de sua vida já havia sido esquecido e superado, configurando, em certa medida, verdadeira punição perpétua para os atos praticados em questão.

## 4.2 Pena perpétua *versus* direito ao esquecimento

Como se sabe, nossa Norma Magna tem a garantia fundamental de que não haverá penas perpétuas<sup>64</sup>. Observe-se que o constituinte tomou o devido cuidado de não redigir o

---

<sup>64</sup> A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

(...)

texto com o vocábulo “prisão”, mas sim “pena”, pois muitos imaginam que o caráter perpétuo se aplica somente ao encarceramento das pessoas, o que não é verdade. Muitos sofrem penas perpétuas diariamente, sem possibilidade de se defenderem, o que inclusive é agravado nos dias atuais pela Internet e não há, ao menos em um futuro próximo, a menor possibilidade de se mudar tal quadro, pois os meios tecnológicos avançam e evoluem cada vez mais, principalmente no sentido de que nenhuma informação deva ser descartada ou apagada, ou seja, uma vez disponibilizada na grande rede, ali ficará eternamente.

Ademais, não existe a possibilidade de haver qualquer tipo de alteração nesse dispositivo constitucional de modo que se venha a ter pena perpétua, por força do disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição, vez que se trata de garantia fundamental. Nem mesmo uma emenda constitucional poderia, eventualmente, modificar tal dispositivo. Como é cláusula pétrea, apenas por meio de uma revolução ou golpe de Estado, não necessariamente por meio de armas, que criasse outra constituição e conseqüentemente desrespeitasse inúmeros tratados internacionais, inclusive de Direitos Humanos, é que, talvez, fosse possível o estabelecimento de pena perpétua. Destarte, não há como se ter uma regressão de garantias fundamentais sem que o poder constituinte originário seja totalmente desrespeitado.

Com efeito, a norma acima citada, do artigo 5º, deve ser encarada em sua abstração máxima, expandindo para todos os setores do Direito, não se enquadrando apenas ao direito penal, mas também aos demais segmentos, por exemplo, no direito civil, assim, uma pessoa que foi negativada nos meios de proteção ao crédito não poderá ficar inscrita em tais bancos de dados eternamente, mesmo que não venha a pagar sua dívida, pois se assim ocorresse estaria havendo uma violação à Constituição, portanto, o cadastro deve ser excluído, mesmo sem o devido pagamento, após determinado tempo, não podendo nem mesmo figurar para uso interno da empresa em questão, pois não há pena perpétua. Tal abstração visa a maior proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, ampliando o campo de atuação da norma, irradiando seus efeitos para serem aplicados a qualquer situação. Alexy disserta sobre o assunto:

A adoção de princípios de nível máximo de abstração tem vantagens (...) que residem na sua flexibilidade. Eles são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos do sistema jurídico<sup>65</sup>.

---

b) de caráter perpétuo;

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 527.

O problema é que aparentemente todos se esquecem de que a pena perpétua também é proibida não só nos casos do direito penal, mas a verdade é que não é raro se deparar com um problema, de origem eminentemente civil, que causa muito mais dissabores até mesmo do que uma prisão.

Imagine-se o caso de alguém que teve um dispositivo eletrônico roubado, cujo qual continha fotos e vídeos em situações íntimas, que acabaram sendo publicadas na Internet. Aliás, diga-se de passagem, tais casos tornam-se mais comuns a cada dia, sejam por meio dos furtos ou roubos, ou até mesmo parceiros que com o término do relacionamento publicam tais imagens como forma de vingança. Ocorre que, em virtude do dinamismo e a velocidade de como a informação é repassada de pessoa a pessoa dentro da Internet, tais imagens acabam por serem replicadas sem controle algum.

A questão não para apenas neste exemplo. Há também os casos da própria mídia, que com a intenção de divulgar notícias, informações, acabam por divulgar inverdades. É óbvio que não há como se responsabilizar qualquer órgão jornalístico por suas reportagens, até porque, em determinado momento, talvez as informações divulgadas tivessem a confiabilidade necessária para se acreditar que os fatos narrados fossem a verdade. No entanto, com o passar do tempo, a verdade vem à tona e se descobre que as informações divulgadas não representavam os fatos ocorridos e, mais, que transcorreram de forma inversa ao que se imaginava ou que simplesmente não existiram. Esse foi o caso da Escola Base, do casal Shimada, que foram suspeitos de abuso sexual de crianças. O estabelecimento deles foi depredado, a escola fechada, a família destruída, para depois a polícia chegar à conclusão que eram todos inocentes e que houve erro na investigação. Absolvidos na justiça, mas condenados na mídia, os efeitos são sentidos até os dias atuais, cujas informações sobre o caso podem ser encontradas facilmente na Internet.

Há quem defenda que nessas situações se tem um caráter histórico, que naturalmente deve estar ao alcance de qualquer pessoa que tenha interesse sobre o assunto e assim possa se informar o suficiente para ter o seu próprio juízo de valor sobre os fatos. No entanto, há que se sopesarem inúmeros fatores, inclusive, o direito que os envolvidos têm de que tais informações não sejam mais de domínio público. Por certo não é o caso do supracitado exemplo da Escola Base, em virtude de sua grande repercussão, mas por força dos princípios, direitos e garantias constitucionais, também aplicando a dignidade da pessoa humana, por

certo é o que deveria ocorrer com as informações a respeito das pessoas envolvidas no caso em tela, da família Shimada, pois pagaram um preço altíssimo por atos e fatos inverídicos. No entanto, é facilmente encontrado na Internet informações sobre tais pessoas, inclusive que podem ser consideradas como privadas, ou seja, não há respeito pela privacidade dos envolvidos até os dias atuais, 22 anos depois de ocorrido.

A imprensa, em sua ânsia em divulgar os acontecimentos atuais, nem sempre ouve todos os envolvidos, resultando assim em um pré-julgamento, o que induz aqueles que têm acesso à informação a formarem uma opinião deturpada sobre o assunto, pois assumem que aquilo que foi divulgado é a verdade dos fatos. A falta de ética é um enorme entrave para o jornalismo sério, que realmente preste serviço de qualidade à população.

Não somente nos casos negativos, como fotos e vídeos íntimos, problemas financeiros, entre outros, podem ser objeto de desejo dos envolvidos de verem que tais informações simplesmente sejam eliminadas da Internet ou de qualquer ambiente virtual. É evidente que qualquer pessoa deveria ter o controle sobre as informações que circulam a seu respeito, pois, nos casos de serem inverídicas ou por vontade dos que estão sendo atingidos, deveriam ser eliminadas.

Há ainda mais uma inquietude a ser enfrentada a respeito, já que as informações contidas na Internet têm um peso, mesmo que pouco, quando usadas como prova em processos judiciais, ademais, não há como o juiz verificar todos os itens se realmente procedem como minimamente evidentes dos fatos narrados, o que, por certo, fará com que a parte contrária tenha que impugnar a produção probatória e conseguir os meios necessários para demonstrar que os fatos ocorreram de outra forma, o que pode se revelar algo difícil de ser feito se as informações disponíveis na Internet, por exemplo, demonstrarem o ocorrido apenas de determinada maneira, sendo necessário assim buscar outras formas de prova. Ademais, só o fato de haver arguição a respeito de tal conjunto probatório já significa que o direito ao esquecimento não pôde ser exercitado, vez que os mesmos fatos serão novamente objeto de escrutínio, trazendo à luz algo que simplesmente já deveria ter desaparecido.

Mesmo que não haja um processo em andamento, é inegável que será necessária uma ação por parte do interessado que quiser se ver livre de uma informação inverídica, difamadora, caluniosa ou injuriosa a seu respeito, pois atualmente não há nenhum dispositivo

ao alcance do cidadão comum que possibilite a remoção de qualquer conteúdo que seja sem a devida intervenção estatal por meio da Justiça.

A União Europeia está preocupada com esse assunto e já vem tomando medidas para tentar encontrar uma solução. Nesse sentido, a Vice Presidente da Comissão de Justiça da UE, Viviane Reding, apresentou uma proposta legislativa com o intuito de proteger o direito ao esquecimento em redes sociais. Nas palavras da Vice Presidente “as pessoas devem ter o direito, e não apenas a possibilidade (...) do direito a ser esquecido”, que está incluso na reforma das regras de proteção de dados da União Europeia<sup>66</sup>. O projeto de lei é ambicioso e moderno, inclusive, exigindo de empresas estrangeiras que se adequem à legislação para poderem atuar em território europeu.

A reforma em questão tem foco na regulamentação do armazenamento na Internet de dados pessoais que não são de interesse público. Como consequência, ter meios para apagá-los de redes sociais, como Facebook, Orkut, Google+, Twitter, Google, Yahoo, Youtube, entre outras, com o simples pedido do usuário, ou seja, sem a necessidade de intervenção junto ao judiciário.

Os cidadãos comuns, que não gozam de condição de personalidade pública, ou que não tenham sido objeto de um fato de relevância pública, devem poder optar entre ter ou não

---

<sup>66</sup> Matéria com entrevista de Viviane Reding para o jornal 20 Minutos da Espanha. Íntegra da reportagem: Bruselas garantizará por ley el 'derecho al olvido' en redes sociales como Facebook. La vicepresidenta de la Comisión y responsable de Justicia, Viviane Reding, ha anunciado este miércoles que antes del verano presentará una propuesta legislativa para proteger el 'derecho al olvido' en las redes sociales. El objetivo de esta iniciativa es que los usuarios puedan exigir a empresas como Facebook que borren completamente sus datos personales o fotos cuando se den de baja en el servicio. El reconocimiento de este 'derecho al olvido' se incluirá en la reforma de las normas de protección de datos de la UE, que tiene como fin adaptarlas a los cambios provocados por las nuevas tecnologías. "Al modernizar la legislación, quiero clarificar específicamente que las personas deben tener el derecho, y no sólo la posibilidad, de retirar su consentimiento al procesamiento de datos", ha explicado Reding en un discurso. Por ello, el primer pilar de la reforma será "el 'derecho a ser olvidado': un conjunto completo de reglas nuevas y existentes para afrontar mejor los riesgos para la privacidad en Internet". La vicepresidenta del Ejecutivo comunitario ha desvelado también que la propuesta exigirá que la configuración de redes sociales como Facebook garantice la "privacidad por defecto", de forma que los datos de los usuarios no puedan procesarse salvo si éstos han dado su permiso expreso. "La regla de la "privacidad por defecto" evitaría la recogida de datos a través de aplicaciones de software, por ejemplo. El uso de los datos para cualquier otro objetivo que vaya más allá de los que estén especificados sólo se permitirá con el consentimiento explícito del usuario", ha explicado Reding. Por ello, Bruselas exigirá una mayor transparencia a las redes sociales, que estarán obligadas a informar a los usuarios sobre los datos que recogerán, con qué objetivos, cómo pueden ser usados por terceras partes y cuáles son los riesgos para que no pierdan el control sobre su información personal. "Quiero garantizar que quien se inscribe en una red social goce de una mayor claridad. A menudo, condiciones desfavorables como restringir el control de los usuarios sobre sus datos personales o hacer los datos públicos de manera irreversible no se mencionan claramente", ha señalado Reding. Finalmente, la Comisión obligará a que las empresas situadas fuera de la UE que procesen datos de ciudadanos comunitarios cumplan también estas reglas. <<http://www.20minutos.es/noticia/991340/0/derecho/olvido/facebook/>>, acessado em 22/01/2012.

seus dados pessoais disponibilizados dentro da Internet. Novamente, é fácil imaginar tal situação. É comum hoje em dia, com a digitalização de acervos de publicações, virem à tona episódios que há muito estavam esquecidos. Por exemplo, uma pessoa que tenha cometido um crime, uma infração de menor potencial ofensivo que seja, mas já tenha cumprido integralmente a pena, teve o caso noticiado em 1999, portanto há mais de 12 anos. Com o passar do tempo, tal pessoa consegue emprego e se torna alguém bem quisto pela sociedade, passando a gozar de boa reputação. Com a digitalização do acervo, o fato volta a circular, por meio da Internet, sendo que começa a trazer problemas à pessoa envolvida, que se vê novamente atormentada por um problema de seu passado cujo qual já está quite perante a justiça, mas que a sociedade encara de outro modo, passando a prejudicar a sua reputação. Não há o que se fazer hoje a não ser recorrer ao judiciário para que o conteúdo seja retirado dos meios virtuais, de modo a se preservar a reputação da pessoa em questão. A Internet proporciona uma facilidade que não se encontra quando se pesquisa nos meios físicos, ou seja, poder-se-ia argumentar que a informação sempre esteve disponível, bastava a qualquer pessoa apenas o desejo de obtê-la e assim procurar pela mesma. Ocorre que as dimensões são diferentes. Enquanto somente impressa, aquele que quiser ter acesso à informação, deverá se dirigir ao local apropriado e realizar uma pesquisa que, por ser material relativamente antigo, sem dúvida consumirá várias e várias horas de trabalho. Porém, se ocorrer a digitalização e for disponibilizado na Internet, basta uma pesquisa nos serviços que realizam busca para que se encontre rapidamente a informação. De posse dela, com pouquíssimo esforço, pode ser repassada a centenas, milhares de pessoas, por meio de redes sociais ou outros serviços, o que não poderia ser feito se existisse apenas em suporte físico, ou seja, em papel, pois para se passar a informação adiante no mínimo haveria a necessidade de se fazer uma fotocópia e repassá-la de mãos em mãos, o que sem dúvida é infinitamente muito mais trabalhoso e de alcance reduzido<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Notadamente sobre a questão da vida pregressa pública do indivíduo, temos o seguinte julgado: TRF4 - APELAÇÃO CIVEL: AC 58151 PR 2003.70.00.058151-6 Responsabilidade Civil. Danos Morais. Servidor Público. Direito ao Esquecimento. Artigo 5º, Inciso X, da Constituição Federal. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A divulgação das informações relativas à anterior demissão e readmissão do autor, para que se configurasse ilícita, era necessário que ele tivesse obtido, por qualquer meio, a decretação do sigilo dessas informações, o que não ocorreu. A divulgação das informações referidas, que expressaram a verdade dos fatos que se extrai do processo judicial pertinente, não pode ser tida como ilícita, já que não se subsume o caso a qualquer das hipóteses legais de sigilo ordinário.

2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à

É fácil perceber, então, que se há um direito público envolvido, um interesse público, da sociedade, não poderia o afetado reivindicar o direito ao esquecimento, mesmo que o fato tenha ocorrido já há muito tempo. No entanto, mesmo nessas condições, caminha-se por uma linha tênue, pois se deve analisar o caso concreto para que seja possível determinar se é realmente o caso do interesse público estar suplantando o interesse privado. Ademais, também há a necessidade de se considerar como e onde estarão tais informações, pois se disponíveis na Internet, com certeza podem estar indo além do propósito inicial, que é, por exemplo, a proteção do bem público, vez que atingirá também a honra da pessoa envolvida, impossibilitando que tenha uma vida de forma digna.

Aquele que se sentir ofendido também pode ingressar com ação competente para retirar o conteúdo da Internet, bem como conjuntamente pedir danos morais diante de tal situação. Como é um caso não previsto expressamente pelo Código Civil, o prazo prescricional é de 10 anos, que devem ser contados a partir da data que se tem conhecimento dos fatos. A prova a ser inserida dentro do processo deve ser o conteúdo publicado que contém a ofensa e também, caso existam, os resultados de pesquisas efetuadas em *sites* indexadores, como o Google, Bing, entre outros, de modo que o conjunto probatório dos danos morais seja ainda mais robusto. Caso o fato também tenha sido divulgado em alguma rede social, como Facebook, Twitter, entre outras, há que se pedir também a retirada do conteúdo de tais locais, mas antes, deve-se tomar todas as medidas para que tais publicações também venham a servir como meio de prova dentro do processo almejado.

A ação é perfeitamente cabível, pois a Internet tem efeito multiplicador com tudo que é disponibilizado, ultrapassando, portanto o mero dissabor ou aborrecimento por parte daquele que é afetado. Na verdade, uma vez que tais informações desabonadoras sejam publicadas, é praticamente impossível que sejam totalmente apagadas do mundo virtual, o que configura, sem sombra de dúvida, o dano moral.

O interessado pode fazer prova com os meios já discutidos no presente trabalho, mas deve, sempre que possível, optar pela ata notarial em tais casos, vez que a simples impressão

---

vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc., claramente afastando situação de vida funcional. Processo: AC 58151 PR 2003.70.00.058151-6 Relator(a): MARGA INGE BARTH TESSLER Julgamento: 06/05/2009 Órgão Julgador: QUARTA TURMA Publicação: D.E. 25/05/2009.

de páginas ou resultados de pesquisa podem facilmente ser alterados a qualquer momento, tornando mais difícil provar os fatos que deram ensejo ao processo.

Assim, a questão central não é a quantidade de informações que a Internet pode armazenar sobre determinada pessoa, mas sim que se tornam eternas. Assim, não se trata de suprimir direitos consagrados como o da comunicação ou da informação, mas sim de que todo cidadão também tem direito ao esquecimento, vez que serviços indexadores de busca, como o Google ou o Bing, realizam na verdade um efeito multiplicador, tornando o alcance global e temporalmente eterno. É mais do que razoável que um fato ocorrido há vários e vários anos não esteja em mecanismos de buscas, até porque, se o cidadão for retirar um atestado de antecedentes criminais, nada constará do mesmo. Outro exemplo: se alguém quebra o retrovisor de um carro, o dono pode fazer um boletim de ocorrência, e assim que identifica o responsável pode acioná-lo na justiça para que seu prejuízo seja ressarcido. Pouquíssimas pessoas saberão do ocorrido. Agora, se tais fatos forem publicados na Internet, será inevitável que inúmeras pessoas tomem conhecimento do assunto, inclusive gerando o seu próprio juízo de valor em virtude das “provas” apresentadas, o que, diante de comentários daqueles que têm acesso à informação, podem até mesmo criar uma história totalmente diferente do que realmente aconteceu, o que pode resultar em um problema para a reputação do envolvido, sem que lhe seja dada nenhuma espécie de defesa que realmente tenha o efeito esperado que todos aqueles que tenham tido contato com a informação venham a saber a possível verdade dos fatos. Não restará alternativa a não ser procurar a Justiça para tentar minimizar o problema, buscando uma ordem judicial para que o conteúdo indevido seja retirado da Internet.

A discussão não se resume se a informação não deve constar do mundo virtual, mas pode existir no mundo físico, ou seja, não pode existir em *sites*, mas pode existir impresso em um jornal ou revista. A pretensão do cidadão de não ter publicado informações a seu respeito na Internet é totalmente legítima quando o que está disponível no mundo virtual não ocorreu por sua vontade própria e também não seja possível identificar o provável interesse público. No entanto, tal pretensão não pode prosperar, por exemplo, se a informação se tratar de um crime hediondo, que houve condenação na justiça e ainda figura em qualquer órgão de imprensa ou similares, já que nesse caso prevalece o interesse público.

Os provedores de serviço podem manter dados detalhados dos usuários quando lhes é dada a permissão. No entanto, devem ter transparência sobre os serviços prestados,

informando quem faz e como são armazenadas as informações, qual a finalidade e, o que não ocorre atualmente, por quanto tempo.

Há uma dificuldade maior relativamente à retirada de informações que foram disponibilizadas voluntariamente pelos usuários de serviços de redes sociais, pois o cancelamento da conta não faz com que tudo seja automaticamente eliminado, aliás, essa é de fato uma tarefa difícil, em virtude do funcionamento dos serviços, que possibilitam – e incentivam – a replicação de informações, assim, algo que foi publicado, como um texto ou uma foto, pode ser republicado indefinidamente, o que causa um dilema: a quem realmente pertence a publicação? Ora, se uma foto, por exemplo, foi disponibilizada publicamente e outras pessoas gostaram e republicaram, não teria a primeira pessoa a brido mão, mesmo que implicitamente, de qualquer direito que tivesse sobre a mesma? Afinal, tal publicação já pode ter gerado um novo contexto dentro da rede social por meio de outros usuários, que perderia o sentido se a foto simplesmente deixasse de existir de uma hora para outra. Como se vê, não é algo que pode ser dada uma resposta rápida e sem uma análise profunda do impacto social que tal medida gerará, principalmente porque também envolve os direitos de terceiros, que podem se ver prejudicados com uma atitude dessas tomada de forma unilateral e sem aviso prévio.

Pode-se afirmar, portanto, que toda publicação realizada na Internet gera uma prova, que pode ser benéfica ou não àquela pessoa que a disponibilizou, e devido ao funcionamento intrínseco da grande rede, o provável é que fique à disposição de qualquer pessoa para todo o sempre. A pena perpétua é uma medida extrema, não aceita no Brasil, por ser também desumana, não restando alternativa para quem sofreu a tentativa de escapar da punição, gerando revolta, desfigurando ou agravando uma situação já problemática. Mesmo o direito penal tem como objetivo por meio de suas punições a reintegração social e recuperação daquele que cometeu o ato ilícito. Sempre haverá argumentação que esse ou aquele não têm condições de retornar à sociedade, mas a função primordial, o que deve ser feito de modo generalizado, é a punição do indivíduo para que este pague sua dívida junto à sociedade e tenha oportunidade de vir a conviver pacificamente outra vez entre as pessoas de boa índole.

Ora, se a sociedade entendesse que não se pode dar uma segunda chance às pessoas que cometeram atos ilícitos, deveria se instalar a pena de morte, pois assim se estaria realmente isolando o sujeito da sociedade, não haveria risco de fuga, além de representar um custo muito menor para o governo e por consequência aos contribuintes. Mas, se tal

possibilidade não é aceita nem mesmo perante o direito penal, quanto mais com as outras vertentes do direito. Impossível também não imaginar o tamanho da injustiça ao se permitir o perpetuamento de provas eletrônicas nos casos em que os envolvidos sequer contribuíram ativamente para a realização destas, ou, até mesmo querem que tais informações sejam retiradas do alcance de qualquer pessoa.

### 4.3 Sopesamento de bens na análise das provas

Alexy traz importante doutrina sobre o tema:

A teoria dos princípios pode se alinhar quase que automaticamente a essas considerações gerais sobre a estrutura da discricionariedade cognitiva. Direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem uma realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Reconhecer ao legislador uma discricionariedade cognitiva de tipo empírico significa a possibilidade de se admitir que, diante das possibilidades fáticas presentes, esses direitos não sejam realizados na extensão do que seria possível. Diante disso, o princípio de direito fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada<sup>68</sup>.

Os direitos fundamentais geram calorosas discussões, ainda mais quando há provável “colisão” entre estes, forçando que um ganhe mais destaque do que outro, ou seja, sempre um terá que prevalecer sobre o outro. Por isso mesmo, tal aflição, como se vê, já ocorre no âmago do próprio surgimento da norma, no processo legislativo, pois não há como se negar que o legislador tem uma enorme carga empírica própria ao criar uma norma, posto que sua experiência é fator determinante à sua conclusão.

A discricionariedade não é apenas uma possibilidade legislativa, mas também jurídica, na qual os juízes podem e devem julgar de acordo com sua convicção, lastreados pela lei e pelas provas apresentadas, sem dúvida, mas conforme suas consciências assim apontam para a resolução do caso concreto. Natural, portanto, que surjam conflitos, colisões, entre direitos fundamentais também para o julgador, que deverá sopesá-los para exarar sua decisão.

Canotilho, em sua doutrina sobre direito constitucional, ensina:

---

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 614 e 615.

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza<sup>69</sup>.

Quando o legislador está criando a norma, principalmente a Constituição, não há como prever cada aspecto que será enfrentado no dia a dia dos cidadãos ou mesmo pela Justiça, obviamente, de acordo com sua experiência é possível prever uma quantidade de acontecimentos que possivelmente poderão ocorrer e assim determinar os direitos fundamentais para toda a sociedade. Ocorre que, não raras vezes, há um conflito entre tais direitos, o que exige do julgador uma cautela maior no uso de sua discricionariedade para julgar o caso concreto, de modo que não se viole nenhum princípio constitucional.

O eminente doutrinador continua a ensinar:

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminógenos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é «filho do crime», podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez. Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (DI P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (DI P D2)C, ou seja, um direito (DI) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)<sup>70</sup>.

Conforme se observa há que se atribuir pesos aos direitos fundamentais quando do julgamento do caso concreto, que é definido por Canotilho como “harmonização dos direitos”. Há colisão entre direitos fundamentais nos casos que é possível identificar o exercício de diferentes direitos individuais por titulares também diferentes. Nesses casos

<sup>69</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 643.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 646 e 647.

deve-se identificar o âmbito da proteção do direito em questão com a finalidade de determinar se a conduta está ou não protegida, haja vista não ser raro se deparar com situações na quais se imagina que há conflito de direitos fundamentais, mas que com uma melhor análise se percebe que a ação não encontra respaldo em um direito fundamental para lhe dar suporte.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. A Constituição Federal do Brasil prevê expressamente a pena de morte em caso de guerra, conforme o artigo 5º, XLVII, a. Também há a possibilidade do aborto nos casos de estupro, assim, se nem mesmo o direito à vida é absoluto, é razoável imaginar que qualquer direito fundamental também possa ser “suprimido” por outro em virtude dos fatos apresentados e para a correta solução da lide.

Quando há colisão de direitos fundamentais não é possível uma solução adequada abstratamente, esta somente poderá ser estabelecida à vista dos elementos do que aconteceu no caso concreto, devendo o operador do direito utilizar-se dos princípios informadores da hermenêutica constitucional, que servem como parâmetros para ponderação de valores e interesses e que levará a uma solução aceitável para todas as partes como modo de se obter justiça.

Assim, nos casos de conflitos entre direitos individuais, devem ser levados em conta no juízo de ponderação os valores relativos a esse princípio, quais sejam, inviolabilidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade, entre outros.

Destarte, o artigo 32 do Decreto nº 678 de 06/11/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – diz: "Art.32. (...) 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática."

O magistrado, portanto, dispõe de todos os meios necessários para avaliar corretamente o caso concreto e decidir a respeito da possível colisão de direitos fundamentais, entre a possibilidade de comunicação e informação e a vida íntima daquele que quer ver seu histórico esquecido dos meios virtuais. O Pacto acima citado já apresenta a fundamentação necessária para a correta decisão, já que o bem comum sem dúvida pende pelo direito ao esquecimento.

Ademais, quando do julgamento da questão do direito ao esquecimento, o magistrado também pode usar como justificativa o artigo 5º, III, da Constituição: “ninguém será

submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Ou seja, a discricionariedade necessária para a tomada da decisão estará totalmente legitimada nos casos em que o julgador tiver por bem julgar que o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre os demais direitos fundamentais insculpidos na Norma Magna.

O magistrado, portanto, caso se depare com um caso concreto sobre a ofensa às normas insculpidas na Constituição Federal por conta do direito ao esquecimento, deve levar em consideração que não se deve proteger e deixar disponível na Internet qualquer trivialidade que tenha ocorrido com uma pessoa, pois isso configura um atentado à sua privacidade e direitos e garantias fundamentais, sendo que, impossível não se falar também na óbvia violação da dignidade da pessoa humana.

Não há que se falar mais nos dias atuais se as provas eletrônicas podem ou não serem usadas para a resolução processual, pois assim já tem sido feito nos últimos anos e também a legislação foi atualizada (quando já não proibia) para que não pairassem dúvidas sobre a certeza da utilização dos meios virtuais e eletrônicos como forma de se provar os fatos e contribuir assim para a convicção sobre estes que na verdade é no que se funda a demanda. No entanto, há um receio na utilização destes meios, conforme se posiciona Patrícia Peck:

Não há nenhuma legislação brasileira que proíba ou vete a utilização de prova eletrônica. Ao contrário, o Código Civil e o Código de Processo Civil aceitam completamente o seu uso, desde que sejam atendidos alguns padrões técnicos de coleta e guarda, para evitar que esta tenha sua integridade questionada ou que tenha sido obtida por meio ilícito. Logo, o que realmente existe, novamente, é o preconceito quanto ao tipo de prova, pois todos nós temos medo (insegurança) daquilo que não conhecemos<sup>71</sup>.

O receio tem fundamento quando se trata de algo que já deveria ter sido esquecido. A dificuldade para se ter a parcimônia correta para a solução da lide perpassa, talvez, o esclarecimento necessário que o julgador necessita para os dias atuais, ocasião na qual a humanidade deste estará sendo colocada a prova, de modo que se possa ter um julgamento justo e também não cause constrangimentos ainda maiores àqueles envolvidos com a questão.

A legalidade, portanto, não fica em questão, sobre a utilização ou não de provas obtidas por meios eletrônicos para a solução da lide. Já é pacífico que a utilização é prevista e autorizada pela legislação, jurisprudência e doutrina.

---

<sup>71</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

A questão fática é até quando algo pode ficar disponível nos meios eletrônicos, virtuais. Será que, ao se ter uma demanda nos dias atuais será justo utilizar como prova algo retirado da Internet, mas que tenha ocorrido há 50 anos, por exemplo? É óbvio que existirão casos que não será possível a elucidação sem que se tenha acesso a tais provas, mas não há que se negar que isso ocorrerá, em sua imensa maioria, quando houverem fatos a serem comprovados de elevado interesse público, por exemplo, fatos que envolvem a ditadura. Suponha-se que alguém tenha encontrado um documento qualquer sobre a ditadura, ache o conteúdo de relevante interesse histórico, faça a digitalização e disponibilize na Internet. Uma pessoa que tem interesse direto na questão acaba por se deparar com tal documento, sem dúvida terá todo o direito de usá-lo em seu favor. Na contramão, alguém disponibiliza informações sobre a vida pessoal de outrem sem notoriedade pública, de fatos ocorridos há muito tempo e, em virtude destas ações, tal pessoa acaba por perder seu emprego devido ao preconceito. Por óbvio que a Justiça não se mostrará inerte e trará o respaldo necessário à situação envolvendo, inclusive, indenização. No entanto, o estrago estará realizado, trazendo ao conhecimento público fatos que já se encontravam esquecidos, que obtêm ainda mais notoriedade para a resolução da lide, já que não resta alternativa a não ser a arguição sobre os mesmos, para que se tenha o mínimo esperado de justiça.

O imbróglio, portanto, não apresenta solução fácil. Não há como se determinar previamente o tempo que eventualmente uma informação deveria ficar disponível no ciberespaço, nos meios eletrônicos. No entanto, medidas para a proteção da privacidade e intimidade das pessoas são imprescindíveis, principalmente como forma de efetivação das normas insculpidas na Constituição.

Um desafio surge então: como conseguir equilibrar o direito a informação com o direito da privacidade e intimidade. Tal equilíbrio só pode ser atingido se houver sistemas capazes de fazer a vigilância adequada dos meios virtuais e também se a Justiça punir exemplarmente os casos de abusos. Não há dúvida de que a privacidade e intimidade são limitadores do direito a informação. Nesse sentido:

É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. No entanto, não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, na hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à

privacidade quando atinge interesses coletivos. Nesse caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso<sup>72</sup>.

Porém, não existe uma resposta pronta nem um roteiro a ser usado para se ter uma solução justa quando o conflito surgir, mas sim, há que se analisar caso a caso, com todas as suas variáveis e interesses em conflito, o que sem dúvida será desafiador a qualquer magistrado que venha a enfrentar a situação.

Há, porém, uma constante a ser explorada. Há que se ter normas para que as empresas sejam responsáveis sobre o conteúdo disponibilizado na grande rede. Dessa forma, será possível exigir que tenham ferramentas adequadas para que os interessados possam remover o conteúdo indesejado, seja diretamente ou na forma de um comunicado ou denúncia à empresa responsável.

Não é o que se vê atualmente. Empresas que existem praticamente apenas no mundo virtual, não têm quase que nenhum canal de comunicação que seja de fácil acesso aos usuários dos serviços. Constitui-se em verdadeiro esforço hercúleo conseguir contatar a empresa responsável na imensa maioria dos casos e, pior, a resposta obtida, também na maioria das vezes, é que não há nada a ser feito, não deixando outra saída a não ser a busca da efetivação dos direitos do envolvido perante a Justiça.

A legislação atual, por não tratar diretamente do tema, pode ser considerada branda demais com as empresas. A Justiça, de uma forma geral, por meio dos últimos julgados, decidindo a favor de tais conglomerados empresariais, dizendo que não existe responsabilidade sobre o conteúdo<sup>73</sup>, também se mostra conivente com tais ações, deixando os

---

<sup>72</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>73</sup> A título de exemplo, segue um julgado recente do STJ, que considerou que os provedores de serviço na Internet não são responsáveis pelo conteúdo disponibilizado:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

usuários atônitos, não sabendo como se proteger adequadamente da devassidão que ocorre em suas vidas diariamente, quase sempre sem sua permissão, o que de fato piora a situação.

Aos magistrados, portanto, cabe o devido sopesamento dos direitos e garantias fundamentais existentes na Norma Magna, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, quando houver o julgamento de demandas que tratem do assunto ao esquecimento, ou seja, da eliminação de dados eletrônicos constantes do mundo virtual, da Internet.

Ainda que pese o entendimento da não existência de responsabilidade civil para os fins de deferimento de danos morais, não resta dúvida que a responsabilidade pela guarda dos dados é exclusivamente das empresas, pois não há mais ninguém que tenha o poder de gerenciamento necessário para a exclusão destes de forma definitiva.

Espera-se, assim, que o Poder Judiciário utilize de forma correta as provas obtidas por meios virtuais, levando em consideração não apenas as características necessárias para a convicção do magistrado a respeito da lide em questão, mas também do aspecto da dignidade das partes envolvidas, não permitindo que fatos que deveriam estar destinados à obliteração sejam novamente revividos expondo a privacidade e intimidade dos envolvidos.

Os meios eletrônicos, mais precisamente a Internet, sem dúvida constituem algo que trazem inúmeros benefícios para a humanidade, mas não podem ser utilizados como repositório infinito de informações sobre qualquer pessoa sem que essa tenha dado a devida

---

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

autorização ou sem que tenha o direito de poder remover o conteúdo sem ter de se socorrer do Judiciário a cada vez que tiver algo que lhe trouxer incômodo publicado na grande rede.

#### **4.4 Necessidade de se impor limites ao mundo virtual**

A capacidade de armazenamento dos meios virtuais é incalculável. O desejo de se disponibilizar toda e qualquer informação parece ser até mesmo uma obsessão para a maioria das pessoas, que se esquecem de que muito do que se publica deveria ter o aval dos envolvidos para estar à disposição do público.

Mesmo nos casos em que a publicidade foi voluntária, por exemplo, em redes sociais nas quais os usuários publicam praticamente tudo o que acontece em suas vidas, não só com textos, mas também com fotos, vídeos, entre outros, há que se ter algo para que tais informações tenham uma espécie de “validade”, de modo que não fiquem disponíveis por toda a eternidade, até porque, não há nenhum interesse público nessa situação, que não é análoga àquelas que têm, por exemplo, caráter histórico.

A dificuldade é essa, distinguir o que é de interesse público ou não, o que diz respeito aos direitos fundamentais de comunicação, informação, intimidade, coisa privada, dignidade, entre outros, e também o que pode ou não ter caráter histórico, afinal é difícil de prever o que poderá ter relevância histórica, por exemplo, daqui 100 anos. Uma simples frase de alguém com 18 anos hoje pode ser um prenúncio do que está por vir de um presidente da república daqui 20 anos.

Tudo o que fica registrado na Internet e nos meios virtuais pode ser usado como prova eletrônica, o que sem dúvida exige ainda mais cuidado de todas as partes envolvidas, pois no Brasil é proibido as penas perpétuas, que é o que pode ficar configurado com uma informação qualquer que fica disponível ao público indefinidamente, vindo a prejudicar alguém que já está quite com a sociedade por um deslize qualquer há muito tempo. Não há como se admitir que algo ocorrido e esquecido há vários anos, que envolvam uma pessoa que atualmente tem reputação irretocável, venha a atormentá-la novamente, destruindo sua reputação.

Também não é o caso de se deixar tudo para o poder Judiciário. Há a necessidade urgente de se estabelecer os limites para o armazenamento na Internet, com foco nas redes sociais, para que seja possível que qualquer pessoa possa apagar os dados relativos à sua intimidade e privacidade. Subsidiariamente é o caso de se pensar em algum dispositivo que

seja possível programar um prazo para que as informações fiquem disponíveis e sejam apagadas automaticamente após decorrido o lapso temporal estipulado, preservando assim a privacidade e intimidade dos envolvidos.

O direito ao esquecimento está insculpido na Constituição Federal e também no Pacto de São José da Costa Rica, não expressamente, mas é percebido por meio de vários dispositivos, visando garantir um mínimo de dignidade às pessoas face à sociedade.

Assim, urge que se tenha uma adequação legislativa sobre o assunto, determinando, se não um prazo para que um determinado dado eletrônico seja apagado, ao menos que obriguem as empresas que tenham as ferramentas adequadas para proporcionar aos interessados uma maneira efetiva para que retirem o conteúdo da Internet, mesmo que sob supervisão, o que não ocorre atualmente, fazendo com que o imbróglio inevitavelmente seja levado ao Judiciário, sobrecarregando ainda mais um sistema que já se encontra exaurido, por uma questão que poderia ser resolvida facilmente, se usada a parcimônia esperada de todos os envolvidos.

Nesse sentido, há que se falar da recente ação movida pela apresentadora da Rede Globo, Maria da Graça Meneghel, conhecida como Xuxa, contra o Google, na qual ela pede a remoção de *links* nos resultados de pesquisa quando o internauta pesquisa seu nome juntamente com palavras como “pedófilo”, “pornografia”, entre outras, que informam *sites* que hospedam imagens ou vídeos do filme Amor Estranho Amor, no qual foram protagonizadas imagens com conteúdo erótico com um adolescente de 12 anos e também do ensaio fotográfico nu para a Ele e Ela.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> REsp 1316921 / RJ - 2011/0307909-6 - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Data do Julgamento: 26/06/2012.

Ementa: CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é

A primeira questão a ser levantada é se o Google pode ou não ter filtros de pesquisa e se tem capacidade técnica para tanto. Para começar a tentar se chegar a uma resposta é importante destacar que a própria empresa fornece um mecanismo de filtro a ser utilizado em seu mecanismo de pesquisa, cujas instruções de uso podem ser encontradas no *site* <http://support.google.com/websearch/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=510>, de onde também se extrai a informação de que a filtragem é feita de modo automático, baseado em algoritmos que conseguem identificar o conteúdo considerado inadequado. Ademais, também é de conhecimento público que para operar em território chinês o Google teve que instalar um

---

público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). SOLANO DE CAMARGO, pela parte RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Dr(a). DIOGO ALBUQUERQUE MARANHÃO DE OLIVEIRA, pela parte RECORRIDA: MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL. Notas: Processo em que se discute a obrigação do provedor de pesquisa na internet de remover do seu site de pesquisas, denominado GOOGLE SEARCH, os resultados relativos à busca pela expressão 'Xuxa pedófila' ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer. Outras Informações: Não têm responsabilidade objetiva os provedores de pesquisa via internet pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários, porquanto não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa, na medida em que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na internet não são de risco por sua própria natureza e, portanto, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. Não há defeito nos serviços dos provedores de pesquisa via internet por não exercerem o controle prévio das buscas realizadas por seus usuários, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja ilegal, tendo em vista que, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa. Não é cabível a imposição de astreintes na hipótese em que o Tribunal a quo impôs a provedor de pesquisa a obrigação de excluir dos resultados de pesquisa de seu site de busca determinadas imagens, dispensada a indicação do URL das páginas onde essas imagens estariam inseridas, porquanto a determinação é tecnicamente impossível de ser cumprida, bem como, mesmo que se quisesse adequar os termos da decisão, objetivando a sua exequibilidade, exigindo da vítima a indicação dos URL's, isso implicaria na ausência de interesse de agir.

dispositivo que permitisse ao governo filtrar resultados em conformidade com seus desejos, o que foi criticado amplamente mundo afora, pois o objetivo principal era silenciar ativistas chineses. Atualmente o Google não oferece mais seus serviços na China. Assim, nessas breves considerações, fica claro que o Google pode ter filtros em sua pesquisa, até mesmo porque já o faz com regularidade e até mesmo informa em seu próprio *site* como utilizá-lo. Destarte, cai por terra a afirmação da empresa que não teria condições técnicas para realizar filtragem do conteúdo de pesquisa.

A segunda questão é sobre o conteúdo ilegal e de caráter público. O argumento de que mesmo sendo potencialmente ilegal ainda sim prevalece o caráter público de um *site* parece temeroso. Em que pese ser válido no caso da Xuxa contra o Google, por se tratar de direitos autorais, ao enfrentar a questão de modo superficial no julgamento do REsp em questão, ficou em aberto uma área cinzenta que pode na verdade ser uma decisão judicial autorizadora para que se publique qualquer coisa na Internet, reforçando o pensamento que se tem atualmente de que se trata de um território sem lei, o que não é verdade. O caráter ou interesse público em determinado *site* não pode ser usado como argumentação para restringir a pretensão do autor de ver tal conteúdo retirado dos índices de resultados de pesquisa do Google. Na verdade, deveria ser exatamente o contrário, pois não se pode admitir que conteúdo ilícito tenha liberdade para ser divulgado, seja a que pretexto for.

O interessante é que quando há interesse por parte do Google em remover conteúdo baseado em filtro ou mesmo em reposicionar o resultado das buscas, isso é facilmente conseguido. Com o recente reposicionamento da empresa em relação ao seu *site* Youtube, cujo desejo é ter mais parcerias com produtoras de vídeos, houve um endurecimento em relação aos resultados de pesquisas que levam ao conteúdo ilegal. Para se ter uma ideia melhor, basta acessar a página <http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/domains/?r=all-time>, na qual o Google informa quais são os sites que têm mais pedidos de remoção de *links* com infrações de direitos autorais. Como se pode perceber não há dificuldade em remover *links* ou mesmo rebaixá-los nos resultados das pesquisas quando os interesses da empresa falam mais alto<sup>75</sup>.

A terceira questão é se os resultados podem ser usados como prova. A decisão no REsp sob análise é clara ao afirmar que o Autor deve realizar a ação apropriada para retirar o

---

<sup>75</sup> Maiores informações sobre o assunto podem ser encontradas no *site* <http://www.flexer.com.br/blog/google-vai-penalizar-sites-acusados-de-violacao-de-direitos-autorais/>, acessado em 14/08/2012.

conteúdo indesejado da Internet contra aquele que está efetivamente o hospedando, e não obrigar a empresa que realiza buscas a retirar os resultados da pesquisa. Diante disso, será que o resultado da pesquisa do Google pode ser usado como meio de prova para justificar a ação que pedirá a tutela jurisdicional para que se retire determinado conteúdo da Internet? A resposta é afirmativa, levando-se em consideração que não deve ser a única prova a ser apresentada dentro do processo, mas deve ser usada como argumentação para demonstrar o efeito multiplicador que a lesão está proporcionando àquele atingido pelo ilícito em questão.

Finalmente, o sopesamento entre o direito a informação e a dignidade da pessoa humana *versus* pena perpétua no caso em questão. É óbvio que quando se trata de uma figura pública, com a Xuxa, e a realização de um filme, fica mais fácil pensar que o direito a informação deve prevalecer sobre os demais. No entanto, a justiça, ao menos em tese, não deve e não pode tomar decisões diferentes para pessoas diferentes quando se trata da dignidade da pessoa humana e pena perpétua.

Há que se considerar que fotos, vídeos, *links* e outros que estão à disposição na Internet constituem efetivamente prova para serem usadas em ações que visam a reparar os danos sofridos por qualquer pessoa que se sinta lesada. Diferentemente de qualquer outra prova que juntada ao processo, por exemplo, em algum momento será relegada ao arquivamento ou mesmo à destruição dos autos, o que está na grande rede, em tese, fica lá para sempre. É evidente que essa capacidade de armazenamento infinito tem suas vantagens, mas a sociedade deve sopesar também as desvantagens inerentes a essa tecnologia. Fatos que há muito se encontram “perdidos” no passado não devem ser usados como prova de atestado de caráter de uma pessoa, exceto raras exceções, sendo que, certamente, é o caso em tela.

O Direito é uma ciência em constante evolução que se adapta às necessidades e anseios da sociedade, portanto, o passar do tempo é fato intrínseco desta matéria, haja vista que até mesmo os tipos de provas aceitas nos tribunais mudam com o passar do tempo. Destarte imperioso se faz que se tenha bom senso com o armazenamento perpétuo destas informações, de modo que pessoas não sejam prejudicadas por atos dos quais não querem mais se lembrar e que, nos casos de ilícitos, talvez até mesmo já tenham pagado sua dívida com a sociedade há muito tempo.

Conclui-se, assim, que o direito ao esquecimento é fundamental ao indivíduo, que pode e deve ter controle sobre as informações de sua vida privada que são disponibilizados na

Internet, no meio virtual, sopesadas face aos demais direitos fundamentais, levando-se em conta também o interesse público, vez que não se deve usar tal direito quando se tratar de atos de personalidade pública, pois prevalecerá o interesse da sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os equipamentos eletrônicos fazem parte do cotidiano de qualquer pessoa. Sempre que se utiliza um equipamento ou mesmo a Internet, sempre está se produzindo dados, que podem vir a servir de prova em um eventual processo.

Não só o objeto fim serve de prova, mas também todo o conjunto de informações que levaram à criação deste. É fácil visualizar que ao disponibilizar uma foto ou comentário jocoso na Internet, tais podem representar prova a ser produzida, mas não se restringe somente a isso. Quando da publicação vários equipamentos eletrônicos foram utilizados no processo, que geraram dados e que, portanto, também podem vir a servir como fonte de prova para a solução da lide.

A identificação correta de um endereço IP pode levar inexoravelmente ao responsável pela publicação, mas para que isso ocorra é necessário que as empresas que fazem o armazenamento destes dados contenham um determinado padrão para tal guarda e que o façam por um determinado período de tempo, possibilitando que eventuais ações judiciais tenham o amparo necessário para o deslinde adequado.

*Logs* são produzidos automaticamente por equipamentos e programas, constituindo fontes importantes de dados que podem auxiliar o magistrado, permitindo que a verdade apareça dentro dos autos, revelando informações a mais do que as que são visíveis para os usuários comuns, momento no qual se faz importante conhecimento, mesmo que mínimo, por parte dos operadores do direito, das questões que envolvem tecnologia, para que possam atuar de forma mais adequada no caso concreto. Destarte, mesmo que necessário o auxílio de perito, o operador do direito ao menos deve estar preparado para saber o que pedir da perícia, fazendo quesitos condizentes às necessidades para a correta solução da lide.

O ativismo judicial, ferramenta importante à disposição dos magistrados, deve ser usada com cautela e se faz necessário que estes tenham conhecimento adequado sobre a matéria na qual se proferirá a sentença, motivo pelo qual o devido conhecimento do funcionamento de equipamentos eletrônicos e meios virtuais se torna imprescindível. Tal situação é ainda mais peculiar quando se trata dos tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, pois os recursos que são julgados pelo rito repetitivo são usados como forma de verdadeira “amarração” de instâncias inferiores. Assim, caso ocorra um equívoco no julgamento, por falta de conhecimento técnico sobre o mundo

virtual, será difícil reverter a situação em pouco tempo, o que sem dúvida levará a inúmeros casos de injustiça com outras pessoas que estarão diretamente afetadas por tal situação.

Os arquivos de áudio e vídeo digitais são ferramentas importantes para a realização de provas para a instrução processual, devendo obedecer aos princípios existentes no ordenamento jurídico, realizando-se perícia sempre que necessário e também a degravação, permitindo o contraditório e ampla defesa. Os cuidados a serem tomados são os mesmos com quaisquer arquivos digitais, seja uma imagem, áudio ou vídeo, deve-se sempre ter gravações em mídias não regraváveis, como CD ou DVD, e sempre que possível gerar o *hash* de modo a atestar a integridade dos dados sempre que solicitado.

O mundo virtual proporciona algo que nunca antes se viu, armazenamento ilimitado e inexorável de informações. Tudo o que se viu ou ouviu pode ser publicado e assim ficará pelo resto da eternidade.

Encarado como um defeito do ser humano, que sempre se esquece das coisas, tal virtude do mundo virtual é comemorada, no entanto, sem a devida reflexão sobre tal assunto, que merece um estudo aprofundado. É certo que tais características trazem vantagens, mas também são várias as desvantagens que podem afligir as pessoas.

Informações que ficam armazenadas para sempre podem se constituir em verdadeiras fontes de aborrecimento para pessoas que eventualmente tenham cometido algum erro em sua vida pregressa, mas que já tenham efetivamente pagado seus débitos com a sociedade. Fatos que ocorreram há 30 anos podem ser usados para atingir a moral de alguém que atualmente tem a reputação imaculada e que seja totalmente respeitado perante a sociedade.

O problema fica então restrito às provas digitais, pois tais informações podem ser usadas em processos judiciais, por exemplo, como exceção da verdade, fazendo com que aquele que trouxe de volta à tona assuntos então esquecidos não sofra qualquer punição judicial.

## REFERÊNCIAS

Photoshop CS6 / Detalhe : Digital Negative (DNG). **Adobe Systems**. Estados Unidos, 16 janeiro 2011. Disponível em: <<http://www.adobe.com/br/products/photoshop/extend.displayTab2.html>>. Acesso em: 16 janeiro 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 9.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, v.2.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BALKIN, Jack. M. Cybercrime: **Digital Cops in a Networked Environment**. NYU Press, 2007.

BAPTISTA, Luís Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 21/01/2012.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. São Paulo: Fiuza Editores, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BROWN, Christopher. Lt. **Computer Evidence: Collection & Preservation**. Charles River Media, 2005.

CAHALI, Yussef Said (Org.). **Código de processo civil**. 6.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, v.1.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CARVEY, Harlan. **Windows Forensic Analysis**. Syngress, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos na internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Cláudio. **Segurança e Auditoria da Tecnologia da Informação**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 536.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva; MACHADO, Marcio Pereira. **Desvendando a Computação Forense**. São Paulo: Novatec, 2001.

GARCIA, Bruna Pinotti. SANTOS, Cássio Roberto dos. Prova documental e a evolução informática: força probante da ata notarial de páginas da internet e dos impressos da web. **Revista Dialética de Direito Processual** – agosto 2012 – v. 113.

GRECO, Marcos Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Granda da Silva. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edição 70, 2000.

KANAAN, João Carlos. **Informática Global**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

LUCCA, Newton de; SIMÃO, Adalberto. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001.

MACHADO, Antônio Carlos da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual civil e em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 8. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

ROCHA, Valdir de Oliveira. **O Direito e a Internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, v.1.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, v.2.

ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Internet: o direito na era virtual**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade real versus verdade formal no processo civil. **Revista Síntese – Direito Civil e Processo Civil** – novembro/dezembro 2002 – v. 20 – páginas 17/21.

TARUFFO, Michelle. **La prueba**.. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. ed. 50, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo.  
**Curso avançado de processo civil.** 6. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

## GLOSSÁRIO

**Bit:** é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida. Um bit pode assumir somente 2 valores, por exemplo: 0 ou 1, verdadeiro ou falso.

**Blog:** é um site com uma estrutura determinada de modo que seja possível a colocação de textos, imagens, sons e vídeos, cuja finalidade principal é a exposição de opinião do autor sobre os mais diversos assuntos.

**Click:** é o ato no qual o usuário confirma a aceitação de algo estipulado em um *site* clicando com o botão esquerdo do *mouse*.

**Divx:** é um arquivo tipo contêiner que contém áudio e vídeo, com alta taxa de compressão de dados, diminuindo consideravelmente o tamanho final do arquivo, com alta qualidade.

**Hash:** A definição mais simples para hash é a transformação de grandes quantidades de informação, como um arquivo digital inteiro, em pequena quantidade de informações, representado por números de 0 a 9 e letras de A a F, ou seja, utiliza-se o formato hexadecimal, como resultado de cálculo matemático, gerando uma identificação única para o arquivo original. Também pode ser conhecida como One-Way Hash Function, Message Digest, Função de Espalhamento Unidirecional ou Função de Condensação.

**Inode:** ou Nó-I ou index node é uma estrutura de dados que compõem um sistema de arquivos. Ele armazena informações sobre um arquivo, como proprietário, permissões e localização.

**Internet:** é a rede mundial de computadores que se utilizam do protocolo TCP/IP para a comunicação.

**IP (endereço IP):** *Internet Protocol*. Endereço atribuído a qualquer dispositivo que se conecte a Internet. Composto de sequência numérica em quatro blocos, que podem ir de 0 a 255. Exemplos: 192.168.0.253, 200.142.235.1.

**Linux:** sistema operacional de código aberto, sem finalidade financeira, suportado por inúmeros fabricantes que o utilizam como alternativa ao Windows.

**Log:** é o arquivo e processo no qual o sistema computacional grava informações relevantes sobre o comportamento do sistema. Em alguns casos o *log* pode ser usado, por exemplo, para

gravar informações de acesso ou até mesmo para salvar dados que serão gravados posteriormente em banco de dados. Tal arquivo pode ser utilizado para a verificação de problemas e também como auditoria de modo a identificar a autoria de determinadas ações.

MacOS: Sistema operacional para computadores fabricado pela empresa Apple.

Mouse: dispositivo eletrônico usado em conjunto com computador que permite a manipulação do sistema operacional, facilitando assim o manejo de funções, evitando o uso demorado do teclado.

MP3: O Moving Picture Experts Group, acrônimo MPEG, é uma denominação de codificação de imagens em movimento e áudio que atende a uma ampla variedade de aplicações.

MP4: É um arquivo do tipo contêiner de vídeo e áudio, permitindo alta taxa de compressão de dados, o que diminui o tamanho do arquivo final.

Netbook: computador portátil de dimensões ainda mais reduzidas que o *notebook* e, portanto, geralmente com menos recursos disponíveis ao usuário, por exemplo, em tais dispositivos não há leitores de DVD ou CD embutidos.

Notebook: computador portátil.

Pixel: é o menor elemento num dispositivo de exibição ao qual é possível atribuir-se uma cor. De uma forma mais simples, um pixel é o menor ponto que forma uma imagem digital, sendo que o conjunto de milhares de pixels forma a imagem inteira.

Print screen: ato no qual é feita uma captura do conteúdo sendo exibido na tela do computador de modo que possa ser utilizada como imagem ou mesmo ser impressa em papel.

Scanner: dispositivo no qual é digitalizado o conteúdo que está impresso em papel para o computador.

Site: é a página que pode ser visualizada com programas navegadores da Internet, como Internet Explorer, Firefox, Chrome, Opera, entre outros. Pode ser comercial ou não.

Slot: em imagens designa a área nas quais determinados dados serão gravados. Em computadores é o termo usado para designar o encaixe de dispositivos adicionais, por exemplo, placas de vídeo, som, entre outros.

Tablet: é um dispositivo eletrônico em forma de prancheta, sensível ao toque, com grande poder computacional. Apesar de realizar funções equivalentes às dos computadores pessoais e também de telefones celulares de última geração, não pode ser confundido com estes.

TCP: acrônimo do inglês *Transmission Control Protocol*, é o protocolo no qual as transmissões efetuadas através da Internet são verificadas se ocorreram de maneira correta, na sequência correta e sem nenhum tipo de erro.

Xvid: É a versão de programa livre, sem necessidade de pagamento de *royalties*, do MP4.

Webcam: é uma câmera de vídeo que captura imagens e as transfere para o computador.

Website: ver *site*.

Windows: sistema operacional baseado em janelas fabricado pela empresa Microsoft.